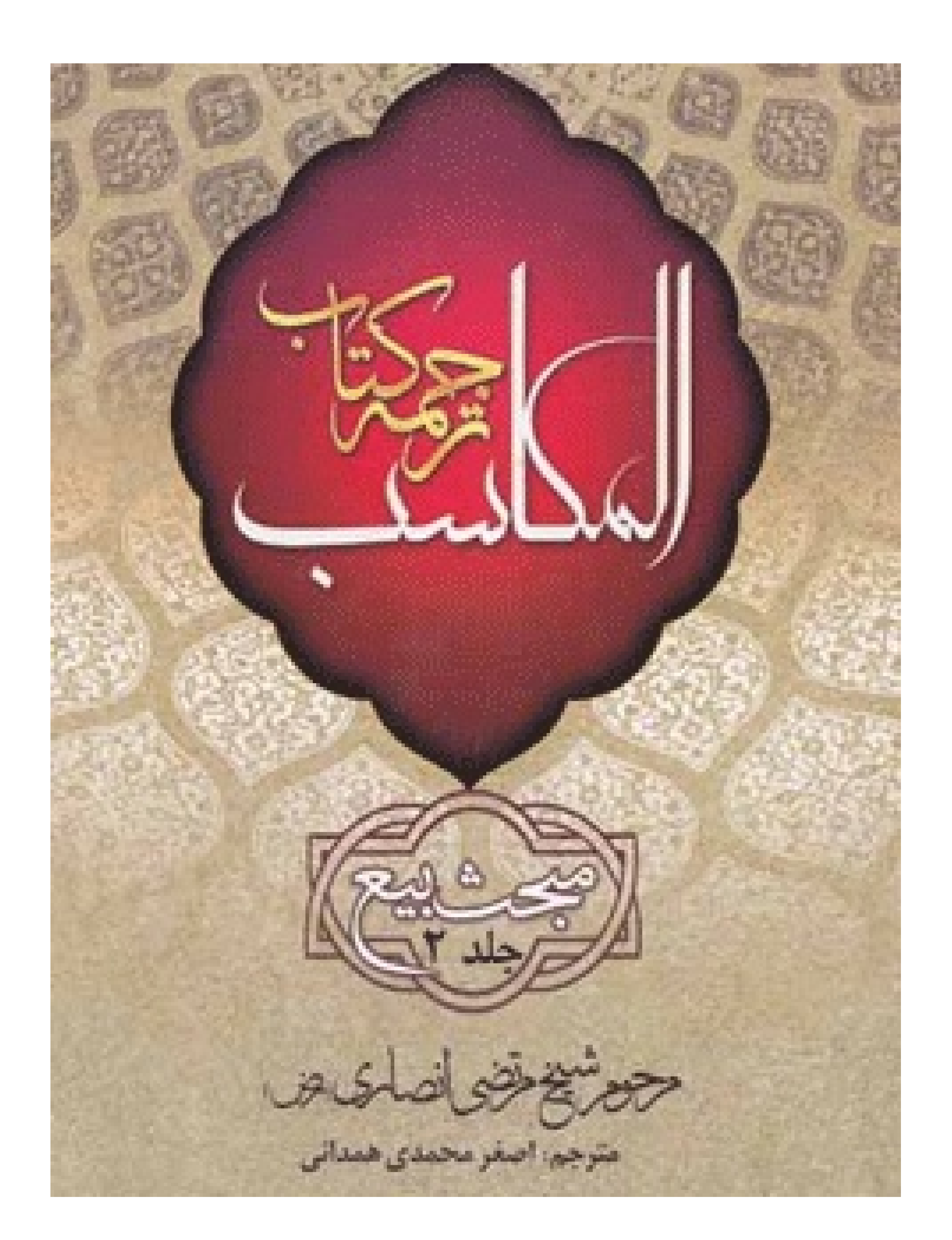

ترجمه کتاب
المکاسب
مبحث بیع
جلد ۲
مرحوم شیخ مرتضی انصاری ره
مترجم: اصغر محمدی همدانی



المكاسب

كاتب:

مسعود شفيعی كيا

نشرت فی الطباعة:

احسن الحديث

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

المکاسب – الجزء الثانی

اشارة

سرشناسه : انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، ق۱۲۸۱ - ۱۲۱۴

عنوان و نام پدیدآور : ...المکاسب / مرتضی الانصاری؛ التحقیق مرکز التحقیقات لموسسه احسن الحدیث

مشخصات نشر : قم: احسن الحدیث، ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹.

مشخصات ظاهری : ج ۳

شابک : ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۱-۳(دوره) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۸-۳۱۵۰۰۰ریال:(ج.۱) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۹-۱۲۲۰۰۰ریال:(ج.۲) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۰-۵۱۷۰۰۰ریال:(ج.۳)

یادداشت : فهرستنویسی براساس اطلاعات فیپا.

یادداشت : کتابنامه

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : موسسه احسن الحدیث. مرکز تحقیقات

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف۸م۷ ۱۳۷۹

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۹-۲۷۷۱

اشارة

بسم الله الرحمن الرحیم الحمد لله رب العالمین و الصلاة و السلام علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی أعدائهم إلی یوم الدین کتاب البیع

[تعریف البیع

اشارة

و هو فی الأصل کما عن المصباح المنیر مبادلة مال بمال

و الظاهر اختصاص المعوض بالعین

فلا یعم إبدال المنافع بغیرها و علیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع. نعم ربما یستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها بل یظهر ذلک من کثیر من الأخبار کالخبر الدال علی جواز بیع خدمة المدبر و بیع سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها و کأخبار بیع الأرض الخراجیة و شرائها و الظاهر أنها مسامحة فی التعبیر کما أن لفظة الإجارة تستعمل عرفا فی نقل بعض الأعیان کالثمرة علی الشجرة.

و أما العوض فلا إشکال فی جواز کونه منفعة

کما فی غیر موضع من القواعد و التذکرة و جامع المقاصد و لا یبعد عدم الخلاف فیه. نعم نسب إلی بعض الأعیان الخلاف فیه و لعله

لما اشتهر فی کلامهم من أن البیع لنقل الأعیان و الظاهر إرادتهم بیان المبیع نظیر قولهم إن الإجارة لنقل المنافع.

[جعل عمل الحر عوضا]

و أما عمل الحر فإن قلنا إنه قبل المعاوضة علیه من الأموال فلا إشکال و إلا ففیه إشکال من حیث احتمال اعتبار کون العوضین فی البیع مالا قبل المعاوضة یدل علیه ما تقدم عن المصباح.

[أقسام الحق و ما یقع منها عوضا]

و أما الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال- کحق الحضانة و الولایة فلا إشکال و کذا لو لم تقبل النقل کحق الشفعة و حق الخیار لأن البیع تملیک الغیر و لا ینتقض ببیع الدین علی من هو علیه لأنه لا مانع من کونه تملیکا فیسقط و لذا جعل الشهید فی قواعده الإبراء مرددا بین الإسقاط و التملیک. و الحاصل أنه یعقل أن یکون مالکا فی ذمته فیؤثر تملیکه السقوطو لا یعقل أن یتسلط علی نفسه و السر أن مثل هذا الحق سلطنة فعلیة لا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد بخلاف الملک فإنها نسبة بین المالک و المملوک و لا یحتاج إلی من یملک علیه یستحیل اتحاد المالک و المملوک علیه فافهم. و أما الحقوق القابلة للانتقال کحق التحجیر و نحوه فهی و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال فی الصلح إلا أن فی جواز وقوعها عوضا للبیع إشکالا من أخذ المال فی عوضی المبایعة لغة و عرفا مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضین و لما یصح أن یکون أجرة فی الإجارة فی حصر الثمن فی المال.

[تعاریف الفقهاء و المناقشة فیها]

ثم الظاهر أن لفظ البیع لیس له حقیقة شرعیة و لا متشرعیة بل هو باق علی معناه العرفی کما سنوضحه إن شاء الله إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه ففی المبسوط و التذکرة و غیرهما انتقال عین من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی و حیث إن فی هذا التعریف مسامحة واضحة عدل آخرون إلی تعریفه بالإیجاب و القبول الدالین علی الانتقال و حیث إن البیع من مقولة المعنی دون اللفظ مجردا أو بشرط قصد المعنی و إلا لم یعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلی تعریفه بنقل العین بالصیغة المخصوصة.

و یرد علیه مع أن النقل لیس مترادفا للبیع و لذا صرح فی التذکرة بأن إیجاب البیع لا یقع بلفظ نقلت و جعله من الکنایات و أن المعاطاة عنده بیع مع خلوها عن الصیغة أن النقل بالصیغة أیضا لا یعقل إنشاؤه بالصیغة و لا یندفع هذا بأن المراد أن البیع نفس النقل الذی هو مدلول الصیغة فجعله مدلول الصیغة إشارة إلی تعیین ذلک الفرد من النقل لا أنه مأخوذ فی مفهومه حتی یکون مدلول بعت نقلت بالصیغة لأنه إن أرید بالصیغة خصوص بعت لزم الدور لأن المقصود معرفة مادة بعت و إن أرید بها ما یشمل ملکت وجب الاقتصار علی مجرد التملیک و النقل

[أولی التعاریف للبیع]

اشارة

فالأولی تعریفه بأنه إنشاء تملیک عین بمال و لا یلزم علیه شیء مما تقدم.

نعم یبقی علیه أمور

منها أنه موقوف علی جواز الإیجاب بلفظ ملکت

و إلا لم يكن مرادفا له و يرده أنه الحق كما سيجى‌ء.

و منها أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لأن الإنسان لا- يملك مالا- على نفسه و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه- و رجوعه إلى سقوطه عنه نظير تملك ما هو مساو لما فی ذمته و سقوطه بالتهاتر أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الألفاظ و لذا قال فخر الدين إن معنى بعت فی لغة العرب ملكت غيری فإذا لم يعقل ملكية ما فی ذمة نفسه لم يعقل شی‌ء مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها أنه يشمل التمليك بالمعاطاة

مع حكم المشهور بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعا و فيه ما سيجى‌ء من كون المعاطاة بيعا و أن مراد النافين نفی صحته.

و منها صدقه على الشراء

فإن المشتری بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه أن التمليك فيه ضمنی و إنما حقيقته التملك بعوض و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الإيجاب أو تأخر و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث إن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمال أعنی المنفعة.

و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال

اشارة

و بالهبة المعوضة و فيه أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليست هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الأصلی هو التسالم- و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم هو متضمن للتمليك إذا تعلق بعين لا أنه نفسه

[حقيقة الصلح

و الذی يدلك على هذا أن الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرد التسليط و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال و قد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فی قول أحد الشريكين

المكاسب، ج۲، ص ۸۰

لصاحبه صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير فلو كانت حقيقة الصلح هی عين كل من هذه المعانی الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق إلا- أن يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد فی كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقة.

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التمليك لا أن مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك

و من هنا لم یکن طلبه من الخصم إقرارا له بخلاف طلب التملیک.

و أما الهبة المعوضة

و المراد بها هنا ما اشترط فیه العوض فلیست إنشاء تملیک بعوض علی جهة المقابلة و إلا لم یعقل تملک أحدهما لأحد العوضین من دون تملک الآخر للآخر مع أن ظاهرهم عدم تملک العوض بمجرد تملک الموهوب الهبة بل غایة الأمر أن المتهب لو لم یؤد العوض کان للواهب الرجوع فی هبته فالظاهر أن التعویض المشترط فی الهبة کالتعویض الغیر المشترط فیها فی کونه تملیکا مستقلا یقصد به وقوعه عوضا لا أن حقیقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فی کل من العوضین کما یتضح ذلک بملاحظة التعویض الغیر المشترط فی ضمن الهبة الأولی. فقد تحقق مما ذکرنا أن حقیقة تملیک العین بالعوض لیست إلا البیع فلو قال ملکتک کذا بکذا کان بیعا و لا یصح صلحا و لا هبة معوضة و إن قصدهما إذ التملیک علی جهة المقابلة الحقیقیة لیس صلحا و لا هبة فلا یقعان به. نعم لو قلنا بوقوعهما بغیر الألفاظ الصریحة توجه تحققهما مع قصدهما فما قیل من أن البیع هو الأصل فی تملیک الأعیان بالعوض فیقدم علی الصلح و الهبة المعوضة محل تأمل بل منع لما عرفت من أن تملیک الأعیان بالعوض هو البیع لا غیر. نعم لو أتی بلفظ التملیک بالعوض و احتمل إرادة غیر حقیقته کان مقتضی الأصل اللفظی- حمله علی المعنی الحقیقی فیحکم بالبیع لکن الظاهر أن الأصل بهذا المعنی لیس مراد القائل المتقدم و سیجیء توضیحه فی مسألة المعاطاة فی غیر البیع إن شاء الله

بقی القرض داخلا فی ظاهر الحد

و یمکن إخراجه بأن مفهومه لیس نفس المعاوضة بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل أو القیمة لا معاوضة للعین بهما و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضة و لا الغرر المنفی فیها و لا ذکر العوض و لا العلم به فتأمل.

[استعمال البیع فی معان أخر]

اشارة

ثم إن ما ذکرناه تعریف للبیع المأخوذ فی صیغة بعت و غیره من المشتقات و یظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فی معان أخری غیر ما ذکر

أحدها التملیک المذکور

لکن بشرط تعقبه بتملک المشتری و إلیه نظر بعض مشایخنا حیث أخذ قید التعقب بالقبول مأخوذا فی تعریف البیع المصطلح و لعله لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحة السلب عن المجرد و لهذا لا یقال باع فلان ماله إلا بعد أن یکون قد اشتراه غیره و یستفاد من قول القائل بعت مالی أنه اشتراه غیره لا أنه أوجب البیع فقط.

الثانی الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول

و هو الانتقال کما یظهر من المبسوط و غیره.

الثالث نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد قال بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات حتى الإجارة و شبهها التى ليست فى الأصل اسما لأحد طرفى العقد.

[المناقشة فى هذه الاستعمالات

أقول أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه ليس مقابلا للأول و إنما هو فرد انصرف إليه اللفظ فى مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المثمر إذ لا ثمرة فى الإيجاب المجرد فقول المخبر بعت إنما أراد الإيجاب المقيد فالقيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل فى الإيجاب المتعقب للقبول و كذلک لفظ النقل و الإبدال و التمليک و شبهها مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل فى معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال فى الخارج فى نظر الشارع لا فى نظر الناقل إذ التأثير لا ينفک عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الإيجاب و الوجوب- لا الكسر و الانكسار كما تخيله بعض فتأمل و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح فضلا عن أن يجعل أحد معانيه. و أما البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال فلم يوجد فى اللغة و لا فى العرف و إنما وقع فى تعريف جماعة تبعا للمبسوط و قد يوجه بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول أعنى المبيعية و هو تكلف حسن و أما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثانى رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقفه على شىء كحصول وجوب الضرب فى نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم يصر واجبا فى الخارج فى نظر غيره. و إلى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا بيع بينهما أو إقالة فى البيع و نحو ذلک. و الحاصل أن البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية و لذا يقال انعقد البيع و لا ينعقد البيع.

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم

[اختيار الشهيدين كونه للصحيح

اشارة

ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالک على أن عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر و صحة السلب قال و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعا و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة انتهى و قال الشهيد الأول فى قواعده الماهيات الجعلية كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج لوجوب المضى فيه و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقى

[المناقشة فيما أفاده الشهيدان

و يشكل ما ذكراه بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسک بإطلاق نحو وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و إطلاقات أدلة سائر العقود فى مقام الشک فى اعتبار شىء فيها مع أن سيرة علماء الإسلام التمسک بها فى هذه المقامات.

[توجیه ما أفاده الشهیدان]

نعم یمکن أن یقـال إن البیع و شـبهه فی العرف إذا اسـتعمل فی الحاصـل من المصـدر الـذی یراد من قول القائل بعت عقـد الإنشاء لا یستعمل حقیقـة- إلا فیما کان صـحیحا مؤثرا و لو فی نظر القائل ثم إذا کان مؤثرا فی نظر الشارع کان بیعا عنـده و إلا کان صورة بیع نظیر الهازل عند العرف. فالبیع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقیقة فی الصحیح المفید

المکاسب، ج۲، ص ۸۱

للأثر و مجاز فی غیره إلا أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف فی نظر العرف و الشرع.

و أما وجه تمسک العلماء بإطلاق أدلة البیع و نحوها

فلأن الخطابات لما وردت علی طبق العرف حمل لفظ البیع و شـبهه فی الخطابات الشـرعیة علی ما هو الصـحیح المؤثر عنـد العرف أو علی المصـدر الـذی یراد من لفظ بعت فیسـتدل بإطلاق الحکم بحله أو بوجوب الوفاء علی کونه مؤثرا فی نظر الشارع أیضا فتأمل فإن للکلام محلا آخر

الکلام فی المعاطاة

[حقیقة المعاطاة]

اعلم أن المعاطاة علی ما فسره جماعة أن یعطی کل من اثنین عوضا عما یأخذه من الآخر

[صور المعاطاة]

و هو یتصور علی وجهین أحـدهما أن یبیح کل منهما للآخر التصـرف فیما یعطیه من دون نظر إلی تملیکه. الثانی أن یتعاطیا علی وجه التملیک. و ربما یـذکر وجهان آخران أحـدهما أن یقع النقل من غیر قصـد البیع و لا تصـریح بالإباحة المزبورة بل یعطی شـیئا لیتناول شیئا فـدفعه الآخر إلیه. الثانی أن یقصـد الملک المطلق دون خصوص البیع. و یرد الأول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع أو الإباحـة أو العاریـة أو الودیعـة أو القرض أو غیر ذلک من العناوین الخاصـة و الثانی بما تقدم فی تعریف البیع من أن التملیک بالعوض علی وجه المبادلـة هو مفهوم البیع لا غیر. نعم یظهر من غیر واحد منهم فی بعض العقود کبیع لبن الشاة مدة و غیر ذلک کون التملیک المطلق أعم من البیع

ثم إن المعروف بین علمائنا فی حکمها أنها مفیدة لإباحة التصرف

اشارة

و یحصل الملک بتلف إحدی العینین و عن المفید و بعض العامة القول بکونها لازمة کالبیع و عن العلامة رحمه الله فی النهایة احتمال کونها بیعا فاسدا فی عدم إفادتها إباحة التصرف

[محل النزاع فی المعاطاة]

و لا ـ بـد أولا ـ من ملاحظـة أن النزاع فی المعاطـاة هـل المقصود بهـا الإباحـة أو المقصود بها التملیک الظاهر من الخاصـة و العامـة هو المعنی الثانی.

[تنزیل المحقق الثانی الإباحة علی الملک الجائز]

و حیث إن الحکم بالإباحة بدون الملک قبل التلف و حصوله بعده لا یجامع ظاهرا قصد التملیک من المتعاطیین نزل المحقق الکرکی الإباحـة فی کلامهم علی الملک الجائز المتزلزل و أنه یلزم بـذهاب إحـدی العینین و حقق ذلک فی شـرحه علی القواعـد و فی تعلیقه علی الإرشاد بما لا مزید علیه

[توجیه صاحب الجواهر بأن محل النزاع هی المعاطاة بقصد الإباحة]

لکن بعض المعاصـرین لما اسـتبعد هـذا الوجه التجأ إلی جعل محل النزاع هی المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة و رجح بقاء الإباحة فی کلامهم علی ظاهرها المقابل للملک و نزل مورد حکم قدماء الأصحاب بالإباحة علی هذا الوجه و طعن علی من جعل محل النزاع فی المعاطـاة بقصـد التملیـک قائلا إن القول بالإباحـة الخالیـة عن الملک مع قصـد الملک مما لا ینسب إلی أصاغر الطلبـة فضـلا عن أعاظم الأصحاب و کبرائهم.

[المناقشة فی توجیه المحقق الثانی]

و الإنصاف أن ما ارتکبه المحقق الثانی فی توجیه الإباحة بالملک المتزلزل بعید فی الغایة عن مساق کلمات الأصـحاب مثل الشیخ فی المبسوط و الخلاف و الحلی فی السرائر و ابن زهرة فی الغنیة و الحلبی فی الکافی و العلامة فی التذکرة و غیرها

[المناقشة فی توجیه صاحب الجواهر]

بل کلمات بعضـهم صـریحة فی عـدم الملک کما سـتعرف إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصـد الإباحـة دون التملیک أبعـد منه بل لا یکاد یوجد فی کلام أحد منهم ما یقبل الحمل علی هذا المعنی

[دلالة کلام الفقهاء علی بعد التوجیهین]

و لننقل أولا کلمات جماعة ممن ظفرنا علی کلماتهم لیظهر منه بعد تنزیل الإباحة علی الملک المتزلزل کما صـنعه المحقق الکرکی و أبعدیـة جعل محل الکلام فی کلمات قـدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطیان مجرد إباحة التصـرفات دون التملیک فنقول و بالله التوفیق قال فی الخلاف إذا دفع قطعـة إلی البقلی أو الشارب فقال أعطنی بها بقلـة أو ماء فأعطاه فإنه لا یکون بیعا و کذلک سائر المحقرات و إنما یکون إباحـة له فیتصـرف کل منهما فیما أخذه تصـرفا مباحا من دون أن یکون ملکه و فائدة ذلک أن البقلی إذا أراد أن یسترجع البقـل أو أراد صاحب القطعـة أن یسترجع قطعته کان لهما ذلک لأن الملک لم یحصل لهما و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفـة یکون بیعا صحیحا و إن لم یحصل الإیجاب و القبول و قال ذلک فی المحقرات دون غیرها. دلیلنا أن العقد حکم شرعی و لا دلالة فی الشرع علی وجوده هنا فیجب أن لا یثبت و أما الإباحة بذلک فهو مجمع علیه لا یختلف العلماء فیها انتهی. و لا یخفی صراحة هذا الکلام فی عـدم حصول الملک و فی أن محل الخلاف بینه و بین أبی حنیفـة ما لو قصـد البیع لا الإباحة المجردة کما یظهر أیضا من بعض کتب الحنفیـة حیث إنه بعـد تفسـیر البیع بمبادلـة مال بمال قال و ینعقد بالإیجاب و القبول و بالتعاطی أیضا فتمسـکه بأن العقد حکم شـرعی یـدل علی عـدم انتفاء قصـد البیع و إلا لکان الأولی بل المتعین التعلیل به إذ مع انتفاء حقیقـة البیع لغـة و عرفا لا معنی للتمسک بتوقفه علی الأسـباب الشـرعیة کما لا یخفی. و قال فی السـرائر بعـد ذکر اعتبار الإیجاب و القبول و اعتبار تقدم الأول علی الثانی ما لفظه فإذا

دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب فقال أعطنى فإنه لا يكون بيعا و لا عقدا لأن الإيجاب و القبول ما حصلا و كذلك سائر المحقرات و سائر الأشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان أو غير ذلك و إنما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه و لكل منهما أن يرجع فيما بذله لأن الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما و إنما ذلك على جهة الإباحة انتهى. فإن تعليله عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك مع أن ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرناه و لا ينافى ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة إلى آخر قوله كما لا يخفى. و قال فى الغنية بعد ذكر الإيجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين و بعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى و الإيجاب من البائع بأن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك بألف فإنه لا ينعقد بذلك بل لا بد أن يقول المشترى بعد ذلك اشتريت أو قبلت حتى ينعقد و احترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلى قطعة و يقول أعطنى بقلا فيعطيه فإن ذلك ليس ببيع و إنما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحة مما عداه دليل المكاسب، ج۲، ص ۸۲

و لما ذكرناه نهى ص عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة على التأويل الآخر و معنى ذلك أن يجعل اللمس بشىء أو النبذ له و إلقاء الحصاة بيعا موجبا انتهى. فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض من قصد المتعاطيين التمليك من وجوه متعددة منها ظهور أدلته الثلاثة فى ذلك. و منها احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد. و قال الحلبى فى الكافى بعد ذكر أنه يشترط فى صحة البيع أمور ثمانية ما لفظه و اشترط الإيجاب و القبول لخروجه من دونهما عن قبول حكم البيع إلى أن قال فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع انتهى و هو فى الظهور قريب من عبارة الغنية. و قال المحقق رحمه الله فى الشرائع- و لا يكفى التقابض من غير لفظ و إن حصل من الأمارات ما دل على إرادة البيع انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل. و قال فى التذكرة فى حكم الصيغة الأشهر عندنا أنه لا بد منها فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقير مثل أعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه و به قال الشافعى مطلقا لأصالة بقاء الملك و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد و عن بعض الحنفية و ابن شريح فى الجليل و قال أحمد ينعقد مطلقا و نحوه قال مالك فإنه قال بع بما يعتقده الناس بيعا انتهى و دلالته على قصد المتعاطيين للملك لا تخفى من وجوه أدونها جعل مالك موافقا لأحمد فى الانعقاد من جهة أنه قال بع بما يعتقده الناس بيعا و قال الشهيد فى قواعده بعد قوله قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى و ذكر أمثلة لذلك ما لفظه و أما المعاطاة فى المبايعات فهى تفيد الإباحة لا الملك و إن كان فى الحقير عندنا و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى هذا كله مع أن الواقع فى أيدى الناس- هى المعاطاة بقصد التمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد أنهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل فقال المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد و لا يقول أحد من الأصحاب إنها بيع فاسد سوى المصنف فى النهاية و قد رجع عنه فى كتبه المتأخرة عنها و قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ يتناولها لأنها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لأنهم يقولون هو بيع فاسد و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ عام إلا ما أخرجه الدليل. و ما يوجد فى عبارة جمع من متأخرى الأصحاب من أنها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين يريدون به عدم اللزوم فى أول الأمر و بالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك إذ المقصود للمتعاطيين

إنما هو الملك فإذا لم يحصل كان بيعا فاسدا و لم يجز التصرف فی العين و كافة الأصحاب على خلافه و أيضا فإن الإباحة المحضة لا تقتضی الملك أصلا و رأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فی يده. و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال لأنها تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا و مع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم لأن إحداهما فی مقابل الآخر و يكفی تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد فی الباقی إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر انتهی و نحوه المحكی عنه فی تعليقته على الإرشاد و زاد فيه أن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه و إلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل و عليه يتفرع النماء و جواز وطء الجارية- و من منع فقد أغرب انتهی. و الذی يقوی فی النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فی المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك و أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء بل إنما حصلت كما اعترف به فی المسالك من استلزام إعطاء كل منهما سلعته مسلطا عليه الإذن فی التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فی عبارته المتقدمة و حاصله أن المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التمليك و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص فی ذلك مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتب غيره بعيد جدا مع أن التأمل فی كلامهم يعطی إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية. و يؤيد إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التی لا تصح إلا من المالك كالوطئ و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذی الخيار أو من الواهب الذی يجوز له الرجوع بعيد. و سيجیء ما ذكره بعض الأساطين و من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة لكن الإنصاف أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم فإن هذه الأمور لا استبعاد فی التزامها إذا اقتضی الأصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر و اقتضی الدليل صحة التصرفات المذكورة مع أن المحكی عن حواشی الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فی خمس أو زكاة و كوطئ الجارية. [و صرح الشيخ فی المبسوط بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحل وطؤها.] و مما يشهد على نفی البعد عما ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك أنه قد صرح الشيخ فی المبسوط و الحلی فی السرائر و كظاهر العلامة فی القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنی وطء الجارية ثم إن المعروف بين المتأخرين- أن من قال بالإباحة المجردة فی المعاطاة قال إنها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد إجماع الغنية و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانی من إرادة نفی اللزوم و كلاهما خلاف الظاهر. و يدفع الثانی تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فی مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد أن الإيجاب و القبول من شرائط

المكاسب، ج۲، ص ۸۳

صحة انعقاد البيع بالصيغة و أما الأول فإن قلنا إن البيع عند المتشرعة حقيقة فی الصحيح و لو بناء على ما قدمناه فی آخر تعريف البيع من أن البيع فی العرف اسم للمؤثر منه فی النقل فإن كان فی نظر الشارع أو المتشرعة من حيث إنهم متشرعة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فی الانتقال كان بيعا حقيقيا و إلا كان صوريا نظير بيع الهازل فی نظر العرف فيصح على ذلك نفی البيعية عنه على وجه الحقيقة فی كلام كل من اعتبر فی صحته الصيغة أو فسره بالعقد لأنهم فی مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فی النقل فی نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرناه فالأقوال فی المعاطاة على ما تساعده ظواهر كلماتهم ستة اللزوم مطلقا كما هو ظاهر شيخنا المفيد و يكفی فی وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فی التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة و اللزوم بشرط كون الدال على التراضی أو المعاملة لفظا حكی ذلك عن بعض معاصری الشهيد الثانی و بعض متأخری المحدثين لكن فی عد هذا من الأقوال فی المعاطاة تأمل

و الملك الغير اللازم ذهب إليه المحقق الثانى و نسبه إلى كل من قال بالإباحة و سوغ جميع التصرفات و فى النسبة ما عرفت و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثيرة بل ذكر فى المسالك أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات و إباحة ما لا- يتوقف على الملك و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا نسب إلى ظاهر [المبسوط] و النهاية لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها. و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة [و إن قصد المتعاطيان بها التمليك بل لم نجد قائلا به إلى زمان المحقق الثانى الذى قال به و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب. نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه الأقوى أن المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فإن تلفت لزمت انتهى و لذا نسب ذلك إليه فى المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر فى أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. و أما قوله و الأقوى إلى آخره فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم و إطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و إطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا و كذا اللزوم. و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير فى باب الهبة توقفها على الإيجاب و القبول ثم قال و هل يستغنى عن الإيجاب و القبول فى هدية الأطعمة الأقرب عدمه نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى. و صرح بذلك أيضا فى الهدية فإذا لم يقل فى الهدية بصحة المعاطاة فكيف يقول بها فى البيع. و ذهب جماعة تبعا للمحقق الثانى إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيصاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك و يدل عليه أيضا عموم قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ حيث إنه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع بل قد يقال إن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفى لكنها محل تأمل. و أما منع صدق البيع عليه عرفا فمكابرة و أما دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا كابن زهرة فى الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التى هو أحد العقود و لذا صرح فى الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع و دعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعا قد عرفت الحال فيها. و مما ذكرنا يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ- . و أما قوله ص: إن الناس مسلطون على أموالهم فلا دلالة فيه على المدعى- لأن عمومه باعتبار أنواع السلطنة فهو إنما يجدى فيما إذا شك فى أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا فى حقه أم لا أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه و ماضية شرعا لكن شك فى أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة فى

الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم و منه يظهر أيضا عدم جواز التمسك به لما سيجىء من شروط الصيغة و كيف كان ففى الآيتين مع السيرة كفاية اللهم إلا أن يقال إنهما لا تدلان على الملك و إنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطى و العتق و الإيصاء و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة فى سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم- حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات. و صرح فى المسالك أن من أجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر فيقال إن مرجع هذه الإباحة أيضا إلى التمليك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهى كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى و دعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة- جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطء الجارية المأخوذ بها. و قد صرح الشيخ

رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعة بأنه و إن لم يثبت ذلك إلا أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر فيجوز للفقيه حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أول الأمر. فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا هذا مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتهما و تتميمه في البيع بالإجماع المركب هذا مع أن ما ذكر من أن للفقيه- التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد

المكاسب، ج۲، ص ۸۴

في مقام الاستبعاد أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة منها أن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود. و منها أن يكون إرادة التصرف من المملكات- فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعة و إن لم يخطر ببال مالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حين الدفع و أنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال أعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عني. و منها أن الأخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاسمة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفى بالأصل- فيكون متعلقة بغير الأملاك و أن صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك. و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف. و منها جعل التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين مع التفريط معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنه المطالب لأنه يملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيد جدا مع أن في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفي الملك مخالف للسيرة و بناء المتعاطيين. و منها أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية- فلا يتوقف على النية فهو بعيد و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة و الجاني عليها و المتلف لها جانيا على مال الغير و متلفا له. و منها أن النماء الحادث قبل التصرف- إن جعلنا حدوثه مملكا له دون العين فبعيد و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفي. و منها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن في التمليك فيرجع إلى كون المتصرف في تمليك نفسه موجبا قابلا و ذلك جار في القبض بل هو أولى منه لاقترانه بقصد التمليك دونه انتهى. و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصود ففيها أولا أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعا فإن تبعية العقود للقصود- و عدم انفكاكها عنها إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه أما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم من أن السبب الفعلي لا- يقوم مقام السبب القولي في المبايعات نعم إذا دل الدليل على ترتب أثر عليه حكم به و إن لم يكن مقصودا. و ثانيا أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحة مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر و توهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا على الوجه الأول و هو إقدامهما على الضمان فلاحظ المسالك و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك- مع إجازته على قول كثير و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبه

فی المسالک و کشف اللثام إلی المشهور. نعم الفرق بین العقود و ما نحن فیه أن التخلف عن المقصود یحتاج إلی الدلیل المخرج عن أدلة صحة العقود و فیما نحن فیه عدم الترتب مطابق للأصل. و أما ما ذکره من لزوم کون إرادة التصرف مملکا فلا بأس بالتزامه إذا کان مقتضی الجمع بین الأصل و دلیل جواز تصرف المطلق و أدلة توقف بعض التصرفات علی الملک فیکون کتصرف ذی الخیار- و الواهب فیما انتقل عنهما بالوطء و البیع و العتق و شبهها

. و أما ما ذکره من تعلق الأخماس و الزکوات- إلی آخر ما ذکره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسیرة رجوع إلیها مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنی المانع عن استحقاق الزکاة لا یتوقفان علی الملک. و أما کون التصرف مملکا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. و أما کون التلف مملکا للجانبین فإن ثبت بإجماع أو سیرة کما هو الظاهر کان کل من المالین مضمونا بعوضه فیکون تلفه فی ید کل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظیر تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع لأن هذا هو مقتضی الجمع بین هذا الإجماع و بین عموم علی الید ما أخذت و بین أصالة عدم الملک إلا فی الزمان المتیقن وقوعه فیه توضیحه أن الإجماع لما دل علی عدم ضمانه بمثله أو قیمته حکم بکون التلف من مال ذی الید رعایة لعموم علی الید ما أخذت فذلک الإجماع مع العموم المذکور بمنزلة الروایة فی أن تلف المبیع قبل قبضه من مال بائعه فإذا قدر التلف من مال ذی الید فلا بد من أن یقدر فی آخر أزمنة إمکان تقدیره رعایة لأصالة عدم حدوث الملکیة قبله کما تقدر ملکیة المبیع للبائع و فسخ البیع من حین التلف استصحابا لأثر العقد. و أما ما ذکر من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر علی القول بالإباحة أن لکل منهما المطالبة ما دام باقیا- و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملک بالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام إجماع کان تلفه من مال المالک لو لم یتلف عوضه قبله. و أما ما ذکره من حکم النماء فظاهر المحکی عن بعض أن القائل بالإباحة لا یقول بانتقال النماء إلی الآخذ بل حکمه حکم أصله و یحتمل أن یحدث النماء فی ملکه بمجرد الإباحة ثم إنک بملاحظة ما ذکرنا تقدر علی التخلص من سائر ما ذکره مع أنه رحمه الله لم یذکرها للاعتماد و الإنصاف أنها استبعادات فی محلها. و بالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملک- المعتضدة بالشهرة المحققة إلی زمان المحقق الثانی و بالاتفاق المدعی فی الغنیة و القواعد هنا و فی المسالک فی مسألة توقف الهبة علی الإیجاب و القبول

المکاسب، ج۲، ص ۸۵

مشکل و رفع الید عن عموم أدلة البیع و الهبة و نحوهما المعتضد بالسیرة القطعیة المستمرة و بدعوی الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانی بناء علی تأویله لکلمات القائلین بالإباحة أشکل. فالقول الثانی لا یخلو عن قوة و علیه فهل هی لازمة ابتداء مطلقا- کما حکی عن ظاهر المفید أو بشرط کون الدال علی التراضی لفظا کما حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی و قواه جماعة من متأخری المحدثین أو هی غیر لازمة مطلقا فیجوز لکل منهما الرجوع فی ماله کما علیه أکثر القائلین بالملک بل کلهم عدا من عرفت وجوه أوفقها بالقواعد هو الأول بناء علی أصالة اللزوم فی الملک- و للشک فی زواله بمجرد رجوع مالکه الأصلی. و دعوی أن الثابت هو الملک المشترک بین المتزلزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع و الفرد الثانی کان مشکوک الحدوث من أول الأمر فلا ینفع الاستصحاب بل ربما یزاد استصحاب بقاء علقة المالک الأول مدفوعة مضافا إلی إمکان دعوی کفایة تحقق القدر المشترک فی الاستصحاب- فتأمل بأن انقسام الملک إلی المتزلزل و المستقر لیس باعتبار اختلاف فی حقیقته و إنما هو باعتبار حکم الشارع علیه فی بعض المقامات بالزوال برجوع المالک الأصلی و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقیقة السبب المملک لا اختلاف حقیقة الملک. فجواز الرجوع و عدمه من الأحکام الشرعیة للسبب لا من الخصوصیات المأخوذة فی المسبب و یدل علیه مع أنه یکفی فی الاستصحاب الشک فی أن اللزوم من خصوصیات الملک- أو من لوازم السبب المملک و مع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملک فی الهبة اللازمة و غیرها علی نهج واحد أن اللزوم و الجواز لو کانا من خصوصیات الملک- فإما أن یکون تخصیص القدر المشترک بإحدی الخصوصیتین بجعل المالک أو بحکم الشارع فإن کان الأول کان اللازم التفصیل بین أقسام التملیک المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه أو عدم قصده و هو بدیهی البطلان إذ لا تأثیر لقصد المالک فی الرجوع و عدمه و إن کان الثانی

لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ و هو باطل فى العقود لما تقدم من أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصود و إن أمكن القول بالتخلف هنا فى مسألة المعاطاة بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك تشمل العقود أيضا و بالجملة فلا إشكال فى أصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعا- و كذا لو شك فى أن الواقع فى الخارج هو العقد اللازم- أو الجائز كالصلح من دون عوض و الهبة. نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة و يدل على اللزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قوله ص: الناس مسلطون على أموالهم فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره- فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم أن من غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلى و بما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله فى الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السلطنة و نحوه العلامة فى موضع آخر و منه يظهر جواز التمسك بقوله ع: لا- يحل مال أمرا إلا عن طيب نفسه حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه فى رضا المالك فلا يحل بغير رضاه. و توهم تعلق الحل بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم من أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضا فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك و يمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ- إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و لا ريب أن الرجوع ليس تجارة و لا عن تراض فلا يجوز أكل المال. و التوهم المتقدم فى السابق غير جار هنا لأن حصر مجوز أكل المال فى التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل لا لغيره و يمكن التمسك أيضا بالجملة المستثنى منها حيث إن أكل المال و نقله عن مالكه بغير رضا المالك أكل و تصرف بالباطل عرفا. نعم بعد إذن المالك الحقيقى و هو الشارع و حكمه التسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطلان- و لذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور بها أكلا بالباطل لو لا إذن المالك الحقيقى و كذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من النواقل القهرية هذا كله مضافا إلى ما دل على لزوم

خصوص البيع مثل قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و قد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أن العقد هو مطلق العهد كما فى صحيحة عبد الله بن سنان أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة و كذلك قوله ص: المؤمنون عند شروطهم فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ. و الحاصل أن الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع مما لا ينكر إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صريحا بعض الأساطين فى شرحه على القواعد و تعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخرى المتأخرين فإن العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله فى المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن الخلاف الاعتراف به فإن المحكى عنه أنه قال ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا أيضا و افترقا بالأبدان انتهى.

و يقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم و كأنه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله أنه لا بد فى البيع عندهما من لفظ مخصوص. و قد تقدم دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعا و هو نص فى عدم اللزوم و لا يقدح كونه ظاهرا فى عدم الملكية الذى لا نقول به. و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ فى العقود اللازمة بالإجماع نعم قول العلامة رحمه الله فى التذكرة إن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به فى المسألة و لو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور و كذلك نسبته فى المختلف إلى الأكثر. و فى التحرير الأقوى أن المعاطاة غير لازمة ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على

المكاسب، ج۲، ص ۸۶

عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملكة و إنما تفيد الإباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا إذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثانى تبعا له و هذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور لأن

قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع.
نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل و كيف كان فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام ع من قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا و إن كان هذا لا يقدح فى الإجماع على طريق القدماء كما تبين فى الأصول. و بالجملة فما ذكره فى المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ فى اللزوم- ما أحسنه و ما أمتن دليله إن لم ينعقد إجماع على خلافه فى غاية الحسن و المتانة و الإجماع و إن لم يكن محققا على وجه يوجب القطع إلا أن المظنون قويا تحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ أصلا أم وجد و لكن لم ينشأ التمليك به بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار بل يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين أهل السوق و التجار بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة- التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى. نعم ربما يكتفون بالمصافقة فيقول البائع بارك الله لك أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية نعم يكتفون بالتعاطى فى المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين نعم الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الإنشاء القولى غير بعيد للسيرة و لغير واحد من الأخبار كما سيجىء إن شاء الله تعالى فى شروط الصيغة

بقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب المعاطاة

بقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب المعاطاة
تارة على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف و أخرى على عدم إفادتها اللزوم جمعا بينه و بين ما دل على صحة مطلق البيع كما صنعه فى الرياض و هو قوله ع:
إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر و هو ما رواه ثقة الإسلام الكلينى فى باب بيع ما ليس عنده و الشيخ فى باب النقد و النسيئة عن ابن أبى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيح قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا فقال أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام إلى آخر الخبر. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخرى مجردة عن قوله ع إنما يحلل إلى آخر كلامه كلها تدل على أنه لا بأس بهذه المواعدة و المقاولة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه و نقول إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها الأول أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بمعنى أن تحريم شىء و تحليله لا يكون إلا بالنطق بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. الثانى أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه كما فى قولك هذا الكلام صحيح أو فاسد لا مجرد اللفظ أعنى الصوت و يكون المراد أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى حلا و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام مثلا المقصود الواحد و هو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها ملكتك بضعى أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسى أو أحللتها لك و بقولها متعت نفسى بكذا فما عدا الأخير موجب لتحريمه و الأخير محلل و على هذا المعنى ورد قوله ع: إنما يحرم الكلام فى عدة من روايات المزارعة منها ما فى التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله ع: عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط ثلاثة للبذر و ثلاثة للبقر قال لا ينبغى أن يسمى بذرا و لا بقرا و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام. الثالث أن يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محرما أو بالعكس أو باعتبار محله و غير محله فيحل فى محله و يحرم فى غيره و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة فى المزارعة. الرابع أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة و المواعدة- و من الكلام

المحرم إیجاب البیع و إیقاعه ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنی الأول لأنه مع لزوم تخصیص الأکثر حیث إن ظاهره حصر أسباب التحلیل و التحریم فی الشریعة فی اللفظ یوجب عدم ارتباط له فی الحکم المذکور فی الخبر. جوابا عن السؤال مع کونه کالتعلیل له لأن ظاهر الحکم کما یستفاد من عدة روایات أخر تخصیص الجواز بما إذا لم یوجب البیع علی الرجل قبل شراء المتاع من مالکه و لا دخل لاشتراط النطق فی التحلیل و التحریم فی هذا الحکم أصلا فکیف یعلل به و کذا المعنی الثانی إذ لیس هنا مطلب واحد حتی یکون تأدیته بمضمون محللا و بآخر محرما فتعین الثالث و هو أن الکلام الدال علی الالتزام بالبیع لا یحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العین التی یریدها الرجل لأنه بیع ما لیس عنده و لا یحلل إلا عدمه إذ مع عدم الکلام الموجب لالتزام البیع لم یحصل إلا التواعد بالمبایعة و هو غیر مؤثر. فحاصل الروایة أن سبب التحلیل و التحریم فی هذه المعاملة منحصر فی الکلام عدما و وجودا و المعنی الرابع و هو أن المقاولة و المراضاة مع المشتری الثانی قبل اشتراء العین محلل للمعاملة و إیجاب البیع معه محرم لها و علی کلا المعنیین یسقط الخبر عن الدلالة علی اعتبار الکلام فی التحلیل کما هو المقصود فی مسألة المعاطاة. نعم یمکن استظهار اعتبار الکلام فی إیجاب البیع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالکلام هو إیجاب البیع بأن یقال إن حصر المحلل و المحرم فی الکلام لا یتأتی إلا مع انحصار إیجاب البیع فی الکلام إذ لو وقع بغیر الکلام لم ینحصر المحلل و المحرم فی الکلام إلا أن یقال إن وجه انحصار إیجاب البیع فی الکلام فی مورد الروایة هو عدم إمکان المعاطاة فی خصوص المورد إذ المفروض أن المبیع عند مالکه الأول فتأمل. و کیف کان فلا تخلو الروایة عن إشعار أو ظهور کما یشعر به قوله ع فی

روایة أخری- واردة فی هذا الحکم أیضا و هی روایة یحیی بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع

المکاسب، ج۲، ص ۸۷

عن رجل قال لی اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا قال لا بأس بذلک اشترها و لا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها فإن الظاهر أن المراد من مواجبة البیع لیس مجرد إعطاء العین للمشتری و یشعر به أیضا روایة العلاء الواردة فی نسبة الربح إلی أصل المال قال: قلت لأبی عبد الله ع الرجل یرید أن یبیع بیعا فیقول أبیعک به ده دوازده أو ده یازده فقال لا بأس إنما هذه المراوضة فإذا جمع البیع جعله جملة واحدة فإن ظاهره علی ما فهمه بعض الشراح أنه لا یکره ذلک فی المقاولة التی قبل العقد و إنما یکره حین العقد و فی صحیحة ابن سنان: لا- بأس بأن تبیع الرجل المتاع لیس عندک تساومه ثم تشتری له نحو الذی طلب ثم توجبه علی نفسک ثم تبیعه منه بعده

و ینبغی التنبیه علی أمور

الأول الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم علی القول بإفادتها الملک بیع

- بل الظاهر من کلام المحقق الثانی فی جامع المقاصد أنه مما لا کلام فیه حتی عند القائلین بکونها فاسدة کالعلامة فی النهایة و دل علی ذلک تمسکهم له بقوله تعالی وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ و أما علی القول بإفادتها الإباحة فالظاهر أنها بیع عرفی لم تؤثر شرعا إلا الإباحة فنفی البیع عنها فی کلامهم و معاقد إجماعاتهم هو نفی البیع المفید شرعا للزوم زیادة علی الملک هذا علی ما اخترناه سابقا من أن مقصود المتعاطیین فی المعاطاة التملیک و البیع و أما علی ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محل الکلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشکال فی عدم کونها بیعا عرفا و لا شرعا و علی هذا فلا بد عند الشک فی اعتبار شرط فیها من الرجوع إلی الأدلة الدالة علی صحة هذه الإباحة العوضیة من خصوص أو عموم و حیث إن المناسب لهذا القول التمسک فی مشروعیته بعموم: إن الناس مسلطون علی أموالهم کان مقتضی القاعدة هو نفی شرطیة غیر ما ثبت شرطیته کما أنه لو تمسک لها بالسیرة کان مقتضی القاعدة العکس. و الحاصل أن المرجع علی هذا عند الشک فی شروطها هی أدلة هذه المعاملة سواء اعتبرت فی البیع أم لا و أما علی المختار

من أن الكلام فيما إذا قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا أم لا كذلك أم تبنى على القول بإفادتها الملك و القول بعدم إفادتها إلا الإباحة وجوه يشهد للأول كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه فى البيع و يؤيده أن محل النزاع بين العامة و الخاصة فى المعاطاة هو أن الصيغة معتبرة فى البيع كسائر الشروط أم لا كما يفصح عنه عنوان المسألة فى كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركا له فى الحكم و لذا ادعى فى الحدائق أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل فيها شروط البيع غير الصيغة المخصوصة و أنها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض و مقابل المشهور فى كلامه قول العلامة رحمه الله فى النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف فى اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شروط البيع. و يشهد للثانى أن البيع فى النص و الفتوى ظاهر فيما حكم به باللزوم و ثبت له الخيار فى قولهم:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه أما على القول بالإباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا فى نظر الشارع و المتشرعة إذ لا ـ نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه فى مقام فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل فى نظرهم. و قد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار و قولهم إن الأصل فى البيع اللزوم و الخيار إنما ثبت لدليل و إن البيع بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم البيع هو العقد الدال على كذا و نحو ذلك. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى أن إطلاق البيع فى النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقايل و وجه الثالث ما تقدم للثانى على القول بالإباحة من سلب البيع عنه و للأول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ و إن لم يكن لازما و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص فيحمل على العرفى و إن لم يفد عند الشارع إلا ـ الإباحة و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره فى البيع بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد و أما على القول بالإباحة فلأنها لم تثبت إلا فى المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا يشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضا ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين يعنى العين الأخرى ذكر أنه يجوز أن يكون الثمن و المثمن فى المعاطاة مجهولين لأنها ليست عقدا و كذا جهالة الأجل و أنه لو اشتريت أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى و حكى عنه فى باب الصرف أيضا أنه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاة النقدين. أقول حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح فى عدم إفادتها للملك إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللا بأن المعاطاة ليست عقدا يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك حيث إن المفيد للملك منحصر فى العقد و أن يكون باعتبار عدم اللزوم حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدى اللازم و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالإباحة- لأنها بيع عرفى و إن لم يفد شرعا إلا الإباحة. و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لا خصوص العقدى بل تقييدها بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب و لما عرفت من أن الأصل فى المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد و عدم تأثيره شيئا خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة و بقى الباقى و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا و إن خصصنا الحكم بالبيع بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لأنها معاوضة عرفية و إن لم تفد الملك بل معاوضة شرعية- كما اعترف بها الشهيد رحمه الله فى موضع من الحواشى حيث قال إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة انتهى و لو قلنا إن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك فلا يبعد أيضا جريان

المكاسب، ج۲، ص ۸۸

الربا لكونها معاوضة عرفا فتأمل و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور لأنها جائزة عندهم فلا معنى للخيار

و إن قلنا بإفادة الملک فیمکن القول بثبوت الخیار فیه مطلقا بناء علی صیرورتها بیعا بعد اللزوم کما سیأتی عند تعرض الملزمات فالخیار موجود من زمن المعاطاة إلا أن أثره یظهر بعد اللزوم و علی هذا فیصح إسقاطه و المصالحة علیه قبل اللزوم و یحتمل أن یفصل بین الخیارات المختصة بالبیع فلا تجری لاختصاص أدلتها بما وضع علی اللزوم من غیر جهة الخیار و بین غیرها کخیار الغبن و العیب بالنسبة إلی الرد دون الأرش فتجری لعموم أدلتها و أما حکم الخیار بعدم اللزوم فسیأتی بعد ذکر الملزمات.

الأمر الثانی أن المتیقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطی فعلا من الطرفین

فالملک أو الإباحة فی کل منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد و لم یحصل ما یوجب إباحة الآخر أو ملکیته فلا یتحقق المعاوضة و لا الإباحة رأسا لأن کلا منهما ملک أو مباح فی مقابل ملکیة الآخر أو الإباحة إلا أن الظاهر من جماعة من متأخری المتأخرین تبعا للشهید فی الدروس جعله من المعاطاة و لا ریب أنه لا یصدق معنی المعاطاة- لکن هذا لا یقدح فی جریان حکمها علیه بناء علی عموم الحکم لکل بیع فعلی فیکون إقباض أحد العوضین من مالکه تملیکا له بعوض أو مبیحا له به و أخذ الآخر له تملکا له بالعوض أو إباحة له بإزائه فلو کان المعطی هو الثمن کان دفعه علی القول بالملک و البیع اشتراء و أخذه بیعا للمثمن به فیحصل الإیجاب و القبول الفعلیان بفعل واحد [فی زمان واحد ثم صحة هذا علی القول بکون المعاطاة بیعا مملکا واضحة إذ یدل علیها ما دل علی صحة المعاطاة من الطرفین. و أما علی القول بالإباحة فیشکل بأنه بعد عدم حصول الملک بها لا دلیل علی تأثیرها فی الإباحة اللهم إلا أن یدعی قیام السیرة علیها کقیامها علی المعاطاة الحقیقی و ربما یدعی انعقاد المعاطاة بمجرد إیصال الثمن و أخذ المثمن- من غیر صدق إعطاء أصلا فضلا عن التعاطی کما تعارف أخذ الماء مع غیبة السقاء و وضع الفلس فی المکان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلک و کذا غیر الماء من المحقرات کالخضراوات و نحوها و من هذا القبیل الدخول فی الحمام و وضع الأجرة فی کوز صاحب الحمام مع غیبته فالمعیار فی المعاطاة وصول العوضین أو أحدهما مع الرضا فی التصرف و یظهر ذلک من المحقق الأردبیلی رحمه الله أیضا فی مسألة المعاطاة و سیأتی توضیح ذلک فی مقامه إن شاء الله. ثم إنه لو قلنا إن اللفظ غیر المعتبر فی العقد کالفعل فی انعقاد المعاطاة أمکن خلو المعاطاة من الإعطاء و الإیصال رأسا فیتقاولان علی مبادلة شیء بشیء من غیر إیصال و لا یبعد صحته مع صدق البیع علیه بناء علی الملک و أما علی القول بالإباحة فالإشکال المتقدم هنا آکد.

الأمر الثالث تمییز البائع عن المشتری فی المعاطاة الفعلیة

مع کون أحد العوضین مما تعارف جعله ثمنا کالدراهم و الدنانیر و الفلوس المسکوکة واضح فإن صاحب الثمن هو المشتری ما لم یصرح بالخلاف و أما مع کون العوضین من غیرها فالثمن ما قصدا قیامه مقام المثمن فی العوضیة فإذا أعطی الحنطة فی مقام اللحم قاصدا أن هذا المقدار من الحنطة یساوی درهما هو ثمن اللحم فیصدق عرفا أنه اشتری اللحم بالحنطة و إذا انعکس انعکس الصدق فیکون المدفوع بنیة البدلیة عن الدراهم و الدنانیر هو الثمن و صاحبه هو المشتری و لو لم یلاحظ إلا کون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نیة قیام أحدهما مقام المثمن فی العوضیة أو لوحظت القیمة فی کلیهما بأن لوحظ کون المقدار من اللحم بدرهم و ذلک المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطیا من غیر سبق مقاولة تدل علی کون أحدهما بالخصوص بائعا ففی کونه بیعا و شراء بالنسبة إلی کل منهما بناء علی أن البیع لغة کما عرفت مبادلة مال بمال و الشراء ترک شیء و أخذ غیره کما عن بعض أهل اللغة فیصدق علی صاحب اللحم أنه باعه بحنطة و أنه اشتری الحنطة فیحنث لو حلف علی عدم بیع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم لا یترتب علیهما أحکام البائع و لا المشتری لانصرافهما فی أدلة تلک إلی من اختص بصفة البیع أو الشراء فلا تعم من کان فی معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارین أو کونه بیعا بالنسبة إلی من یعطی أولا لصدق الموجب علیه و شراء بالنسبة إلی الآخذ لکونه قابلا عرفا أو کونه معاطاة مصالحة لأنها بمعنی التسالم علی شیء و لذا حملوا الروایة الواردة فی قول أحد الشریکین لصاحبه لک ما عندک و لی ما عندی علی الصلح أو

کونه معاوضـة مسـتقلة لا یـدخل تحت العناوین المتعارفـة وجوه لا یخلو ثانیها عن قوة لصدق تعریف البائع لغة و عرفا علی الدافع أولا دون الآخر و صدق المشتری علی الآخذ أولا دون الآخر فتدبر.

الرابع أن أصل المعاطاة و هو إعطاء کل منهما الآخر ماله

یتصور بحسب قصد المتعاطیین علی وجوه أحدها أن یقصد کل منهما تملیک ماله بمال الآخر- و الآخر فی أخذه قابلا و متملکا بإزاء مـا یـدفعه فلاـ یکون فی دفعه العوض إنشـاء تملیـک بل دفع لما التزمه علی نفسه بإزاء ما تملکه فیکون الإیجاب و القبول بـدفع العین الأولی و قبضـها فدفع العین الثانیة خارج عن حقیقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة علی قبض کلا العوضین فیکون إطلاق المعاطاة علیه من حیث حصول المعاملة فیه بالعطاء دون القول لا من حیث کونهـا متقومـة بالعطـاء من الطرفین و مثله فی هـذا الإطلاـق لفـظ المصالحـة و المساقـاة و المزارعـة و المؤاجرة و غیرها و بهـذا الإطلاق یسـتعمل المعاطاة فی الرهن و القرض و الهبـة و ربما یسـتعمل فی المعاملـة الحاصـلة بالفعل و لو لم یکن إعطاء و فی صـحته تأمـل ثانیهـا أن یقصـد کـل منهمـا تملیـک الآـخر مـاله بـإزاء تملیـک ماله إیاه فیکون تملیک بإزاء تملیک فالمقابلـة بین التملکین لا الملکین و المعاملـة متقومـة بالعطـاء من الطرفین فلو مات الثانی قبل الـدفع لم یتحقق المعاطاة و هـذا بعیـد عن معنی البیع و قریب إلی الهبـة المعوضـة لکون کـل من المـالین خالیـا عن العوض لکن إجراء حکم الهبـة المعوضـة علیه مشـکل إذ لو لم یملکه الثـانی هنا لم یتحقق التملیـک من الأـول لأنه إنما ملکه بإزاء تملیکه فما لم یتحقق تملیک من الثانی لم یتحقق تملکه إلا أن یکون تملیک الآخر له ملحوظا عند تملیک الأول علی نحو الداعی لا العوض فلا یقدح تخلفه فالأولی أن یقال إنها مصالحة و تسالم علی أمر معین أو

المکاسب، ج۲، ص ۸۹

معاوضـة مسـتقلة. ثالثهـا أن یقصـد الأـول إباحـة ماله بعوض- فیقبل الآخر بأخـذه إیاه فیکون الصادر من الأول الإباحـة بالعوض و من الثانی بقبوله لها التملیک کما لو صـرح بقوله أبحت لک کـذا بـدرهم. رابعها أن یقصـد کل منهما الإباحـة بإزاء إباحـة أخری فیکون إباحة بإزاء إباحة أو إباحة بداعی إباحة علی ما تقدم نظیره فی الوجه الثانی من إمکان تصوره علی نحو الداعی و علی نحو العوضـیة و کیف کـان فالإشـکال فی حکم القسـمین الأـخیرین علی فرض قصـد المتعاطیین لهما و منشأ الإشـکال أولا الإشـکال فی صـحة إباحـة جمیع التصـرفات حتی المتوقفة علی ملکیة المتصـرف بأن یقول أبحت لک کل تصـرف من دون أن یملکه العین و ثانیا الإشـکال فی صحـة الإباحـة بـالعوض الراجعـة إلی عقـد مرکـب من إباحـة و تملیک. فنقول أما إباحـة جمیع التصـرفات حتی المتوقفـة علی الملک فالظـاهر أنه لاـ یجوز- إذ التصـرف الموقوف علی الملـک لاـ یسوغ لغیر المالک بمجرد إذن المالک فإن إذن المالک لیس مشـرعا و إنمـا یمضـی فیمـا یجوز شـرعا فـإذا کان بیع الإنسان مال غیره لنفسه بأن یملک الثمن مع خروج المبیع عن ملک غیره غیر معقول کما صرح به العلامـة فی القواعـد فکیف یجوز للمالک أن یأذن فیه. نعم یصـح ذلک بأحد الوجهین کلاهما فی المقام مفقود أحدهما أن یقصد المبیح بقوله أبحت لک أن تبیع مالی أن ینشـئ توکیلا له لنفسک [إنشاء توکیل له فی بیع ماله له ثم نقل الثمن إلی نفسه بالهبة أو فی نقله أولاـ إلی نفسه ثم بیعه أو تملیکـا له بنفس هـذه الإباحـة فیکون إنشـاء تملیـک له و یکون بیع المخـاطب بمنزلـة قبوله کما صرح فی التذکرة بأن قول الرجل لمالک العبد أعتق عبدک عنی بکذا اسـتدعاء لتملیکه و إعتاق المولی عنه جواب لذلک الاستدعاء فیحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و یقدر وقوعه قبل العتق آنا ما فیکون هذا بیعا ضمنیا لا یحتاج إلی الشروط المقررة لعقد البیع و لا شک أن المقصود فیما نحن فیه لیس الإذن فی نقل المال إلی نفسه أولا و لا فی نقل الثمن إلیه ثانیا و لا قصد التملیک بالإباحة المذکورة و لا قصد المخاطب التملک عند البیع حتی یتحقق تملیک ضمنی مقصود للمتکلم و المخاطب کما کان مقصودا و لو إجمالا فی مسألـة أعتق عبدک عنی و لذا عد العامة و الخاصة من الأصولیین دلالة هذا الکلام علی التملیک من دلالة الاقتضاء التی عرفوها بأنها دلالـة مقصودة للمتکلم تتوقف صـحة الکلام عقلا أو شـرعا علیه فمثلوا للعقلی بقوله تعالی وَ سْـئَلِ الْقَرْیَةَ و للشـرعی بهذا

المثال و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة. الثانى أن يدل دليل شرعى- على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة- فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنا ما فيقع البيع فى ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص آنا ما لا يقبل غير العتق فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آنا ما للجمع بين الأدلة و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة و إثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداه لقواعد أخرى مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثمن مالا له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن فى مطلق التصرف. و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف فى أنه لو دفع إلى غيره مالا و قال اشتر به لنفسك طعاما من غير قصد الإذن فى اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح كما صرح به فى مواضع من القواعد و علله فى بعضها بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير و هو كذلك فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و إلا لم يكن عوضا و بدلا و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز وطء الجارية مع أن الإباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات. و عرفت أيضا أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا وطء الجارية مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة و دعوى أن الملك التقديرى هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص بل تكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على أموالهم الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة فى الملك التقديرى مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا فالإباحة و إن كانت مطلقة إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته فى الشريعة. و من المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالين على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض فلا يشمله العموم فى الناس مسلطون على أموالهم حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنا ما و بالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم- الناس مسلطون على أموالهم الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها نظير حكومة الدليل على عدم جواز عتق مال الغير على وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر. نعم لو كان هناك تعارض و تزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى آنا ما فتأمل. و أما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة إلى الميت- أو شراء العبد المعتق عليه- بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله فى الآن المتصل بناء على الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه. و بالجملة فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمنى المذكور أولا فى أعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد و لا على الملك المذكور ثانيا فى شراء من ينعتق عليه

المكاسب، ج۲، ص ۹۰

لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك و عدم حكومة الثانى على الأول و لا على التمليك الضمنى المذكور ثالثا فى بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق إلا الحكم ببطلان الإذن فى بيع ماله لغيره- سواء صرح بذلك كما لو قال بع مالى لنفسك أو اشتر بمالى لنفسك أم أدخله فى عموم قوله أبحت لك كل تصرف فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازما بناء على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفا على الإجازة بناء على أن المالك لم ينو تملك الثمن هذا و لكن الذى يظهر من جماعة- منهم قطب الدين و الشهيد رحمهما الله فى باب

بيع الغاصب أن تسليط المشترى البائع الغاصب على الثمن و الإذن فى إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا و أنه يملك الثمن بدفعه إليه فليس للمالك إجازة هذا الشراء و يظهر أيضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له وطء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع.

و مقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل و سيأتى توضيحه فى مسألة البيع الفضولى إن شاء الله. و أما الكلام فى صحة الإباحة بالعوض- سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها فمحصله أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح إلا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل فى صدق التجارة عليها فضلا عن البيع إلا أن يكون نوعا من الصلح لمناسبة له لغة لأنه فى معنى التسالم على أمر بناء على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار الدال على صحته بقول المتصالحين لك ما عندك و لى ما عندى و نحوه ما ورد فى مصالحة الزوجين و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون على أموالهم و المؤمنون عند شروطهم و على تقدير الصحة ففى لزومها مطلقا- لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث إن ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقا وجوه أقواها أولها ثم أوسطها. و أما حكم الإباحة بالإباحة فالإشكال فيه أيضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه و الأقوى فيها أيضا الصحة و اللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط.

الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه

اعلم أنه ذكر المحقق الثانى رحمه الله فى جامع المقاصد- على ما حكى عنه أن فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الإجارة و كذا فى الهبة و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل و لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فإن ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز بل يمنع من مطلق التصرف و هى ملاحظة وجيهة انتهى.

و فيه أن معنى جريان المعاطاة فى الإجارة على مذهب المحقق الثانى- الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الأمر العمل المعين على المأمور به و لم نجد من صرح به فى المعاطاة. و أما قوله لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل و لا سيما إذا لم يكن العمل تصرفا فى عين من أموال المستأجر. و قوله لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد ممنوع لأن الظاهر ثبوت أجرة المثل لأنه لم يقصد التبرع و إنما قصد عوضا لم يسلم إليه. و أما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها إلا إذا قلنا فى المعاطاة بالإباحة فإن جماعة كالشيخ و الحلى و العلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك لكن المحقق الثانى رحمه الله ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بهما مفيدة للإباحة المجردة و توقف الملك فى الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك و مما ذكرنا يظهر المنع فى قوله بل مطلق التصرف هذا و لكن الأظهر بناء على جريان المعاطاة فى البيع جريانها فى غيره من الإجارة و الهبة لكون الفعل مفيدا لتمليك فيهما. و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال فى باب الرهن إن الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكور فى البيع آت هنا لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا و لعل وجه الإشكال عدم تأدى المعاطاة بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع- لأنها هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف و الأول غير متصور هنا و أما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن خصوصا بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم ليحصل به الوثيقة فى بعض

الأحیان و إن جعلناها مفیدة للزوم کان مخالفا لما أطبقوا علیه من توقف العقود اللازمة علی اللفظ و کان هذا هو الذی دعا المحقق الثانی إلی الجزم بجریان المعاطاة فی مثل الإجارة و الهبة و القرض و الاستشکال فی الرهن. نعم من لا یبالی مخالفة ما هو المشهور بل المتفق علیه بینهم من توقف العقود اللازمة علی اللفظ أو حمل تلک العقود علی اللازمة من الطرفین فلا- یشمل الرهن و لذا جوز بعضهم الإیجاب بلفظ الأمر کخذه و الجملة الخبریة أمکن أن یکون بإفادة المعاطاة فی الرهن اللزوم لإطلاق بعض أدلة الرهن و لم یقم هنا إجماع- علی عدم اللزوم کما قام فی المعاوضات. و لأجل ما ذکرنا فی الرهن یمنع من جریان المعاطاة فی الوقف بأن یکتفی فیه بالإقباض لأن القول فیه باللزوم مناف لما اشتهر بینهم من توقف اللزوم علی اللفظ و الجواز غیر معروف فی الوقف من الشارع فتأمل. نعم یظهر الاکتفاء بغیر اللفظ فی باب وقف المساجد من الذکری تبعا للشیخ رحمه الله ثم إن الملزم فیما تجری فیه من العقود الأخر هو الملزم فی باب البیع کما سننبه به بعد هذا

الأمر السادس فی ملزمات المعاطاة علی کل من القول بالملک و القول بالإباحة

. اعلم أن الأصل علی القول بالملک اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانیة المتقدمة و أما علی القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم- لقاعدة تسلط الناس علی أموالهم و أصالة سلطنة المالک

المکاسب، ج۲، ص ۹۱

الثابتة قبل المعاطاة و هی حاکمة علی أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالک لو سلم جریانها إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضین ملزم إجماعا علی الظاهر المصرح به فی بعض العبائر أما علی القول بالإباحة فواضح لأن تلفهما من مال المالک و لم یحصل ما یوجب ضمان کل منهما مال صاحبه- و توهم جریان قاعدة الضمان بالید هنا مندفع بما سیجیء. و أما علی القول بالملک فلما عرفت من أصالة اللزوم و المتیقن من مخالفتها جواز تراد العینین و حیث ارتفع مورد التراد امتنع و لم یثبت قبل التلف جواز المعاملة علی نحو جواز البیع الخیاری- حتی یستصحب بعد التلف لأن هذا الجواز من عوارض العقد لا العوضین- فلا مانع من بقائه- بل لا دلیل علی ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فیه فإن الجواز فیه هنا بمعنی جواز الرجوع فی العین نظیر جواز الرجوع فی العین الموهوبة فلا یبقی بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا یتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت فی الهبة هذا مع أن الشک فی أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع فی العین أو تراد العینین یمنع من استصحابه فإن المتیقن تعلقه بالتراد إذ لا دلیل فی مقابلة أصالة اللزوم علی ثبوت أزید من جواز تراد العینین الذی لا یتحقق إلا مع بقائهما و منه یعلم حکم ما لو تلفت إحدی العینین- أو بعضها علی القول بالملک. و أما علی القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشایخنا وفاقا لبعض معاصریه تبعا للمسالک أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالک العین الموجودة و ملکه لها- و فیه أنها معارضة- بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قیمته- و التمسک بعموم علی الید هنا فی غیر محله- بعد القطع بأن هذه الید قبل تلف العین لم یکن ید ضمان و لا بعده إذا بنی مالک العین الموجودة علی إمضاء المعاطاة و لم یرد الرجوع إنما الکلام فی الضمان إذا أراد الرجوع و لیس هذا من مقتضی الید قطعا هذا و لکن یمکن أن یقال إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة علی أصالة عدم الضمان بالمثل أو القیمة مع أن ضمان التالف ببدله معلوم- إلا أن الکلام فی أن البدل هو البدل الحقیقی أعنی المثل أو القیمة أو البدل الجعلی أعنی العین الموجودة فلا أصل هذا مضافا إلی ما قد یقال من أن عموم الناس مسلطون علی أموالهم یدل علی السلطنة علی المال الموجود بأخذه و علی المال التالف بأخذ بدله الحقیقی و هو المثل أو القیمة فتدبر. و لو کان أحد العوضین دینا فی ذمة أحد المتعاطیین- فعلی القول بالملک یملکه من فی ذمته فیسقط عنه و الظاهر أنه فی حکم التلف لأن الساقط لا یعود و یحتمل العود و هو ضعیف- و الظاهر أن الحکم کذلک علی القول بالإباحة فافهم. و لو نقلت العینان أو إحداهما بعقد لازم فهو کالتلف علی القول بالملک لامتناع التراد- و کذا علی القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. و لو عادت العین بفسخ ففی جواز التراد علی القول بالملک لإمکانه فیستصحب و عدمه لأن المتیقن من التراد هو

المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان أجودهما ذلك إذ لم يثبت فى مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق بل المتيقن منه غير ذلك- فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثانى فلا دليل على زواله بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد فى السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا إن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكه الأول أو عائدا إليه بفسخ و كذا لو قلنا إن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفى فيه إباحة التصرف و الإتلاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها و لا رجوعه بنفسه إلى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب و كذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك. نعم لو كان غير معاوضة كالهبة- و قلنا إن التصرف فى مثله لا يكشف عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض ما لا لأحد و انتقال المعوض إلى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف. و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقلة. و لو أجاز المالك الثانى نفذت بغير إشكال و ينعكس الحكم إشكالا و وضوحا على القول بالإباحة و لكل منهما رد العين قبل إجازة الآخر- . و لو رجع الأول فأجاز الثانى فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغا الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و تلغو الإجازة و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعا. و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف. أما على القول بالإباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع المال الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له بالإتلاف- جرى عليه حكم التلف. و لو تصرف فى العين تصرفا مغيرا للصورة- كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة و على القول بالملك ففى اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد و منشأ الإشكال أن الموضوع فى الاستصحاب عرفى أو حقيقى ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة- نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداء أو فى ضمن معاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة- و على القول بالإباحة نظير الرجوع فى إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا

المكاسب، ج۲، ص ۹۲

الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل لأن من له و إليه الرجوع هو المالك الأصلى و لا يجرى الاستصحاب. و لو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين.

السابع أن الشهيد الثانى فى المسالك ذكر وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة

قال يحتمل الأول لأن المعاوضات محصورة و ليست إحداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل و يحتمل الثانى لإطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف و تظهر الفائدة فى ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه- و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين اللزوم كل محتمل و يشكل الأول بقولهم إنها ليست بيعا و الثانى بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه و الأقوى عدم ثبوت خيار

الحيوان هنا بناء على أنها ليست لازمة و إنما يتم على قول المفيد و من تبعه و أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتف انتهى. و الظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة فى المعاطاة و أما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغى الكلام فى كونها معاوضة مستقلة أو بيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال فى ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثانى فإذا لزم صار بيعا لازما فتلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لو لا الخيار. و قد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفى لم يصححه الشارع و لم يمضه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما فى حكمه و بعد التلف تترتب عليه أحكام البيع- عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر. و المحكى من حواشى الشهيد- أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة- و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

الثامن لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل

و هو قبض العينين أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء زائد على الإنشاء اللفظى كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال فى صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الإنشاء القولى إلى حكم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين معه أو لا يتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالإنشاء القولى السابق كالعدم لا عبرة به و لا بوقوع القبض به خاليا عن قصد الإنشاء بل بانيا على كونه حقا لازما لكونه من آثار الإنشاء القولى السابق نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الأول تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق فى صيغ عقوده [على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة فى الصيغة] إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضى منهما كان معاطاة انتهى و فى الروضة فى مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق أنها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح انتهى و ظاهر الكلامين صورة وقوع الإنشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهره كصريح جماعة منهم المحقق و العلامة أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضمونا عليه هو الوجه الأخير لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين و إما ما يشتمل هذا و غيره كما هو الظاهر و كيف كان فالصورة الأولى داخلة قطعا و لا يخفى أن الحكم فيها بالضمان مناف لجريان الحكم بالمعاطاة و ربما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين فيقال إن موضوع المسألة فى عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطاة فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير إذن و أكلا للمال بالباطل لانحصار وجه الحل فى كون المعاملة بيعا أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال بغير عوض. و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقى للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شىء فى المقابل فالرضا المتقدم كالعدم فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضاهما فلا كلام فى صحة المعاملة و رجعت إلى المعاطاة كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأى وجه اتفق سواء صحت المعاملة أم فسدت فإن ذلك ليس من البيع الفاسد فى شىء. أقول المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحدا هو التمليك و من المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل فى ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك و الموجود بعده إن كان إنشاء آخر فى ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع و بنفس

الصیغة الخالیة عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما و منه یعلم فساد ما ذکره من حصول المعاطاة بتراض جدید بعد العقد غیر مبنی علی صحة العقد ثم إن ما ذکره من التراضی الجدید بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غیره من الصور مع أن کلام الجمیع مطلق. یرد علیه أن هذا التراضی إن کان تراضیا آخر حادثا بعد العقد فإن کان لا علی وجه المعاطاة بل کل منهما رضی بتصرف الآخر فی ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه فی ماله فهذا لیس

المکاسب، ج۲، ص ۹۳

من المعاطاة بل هی إباحة مجانیة من الطرفین تبقی ما دام العلم بالرضا و لا یکفی فیه عدم العلم بالرجوع لأنه کالإذن الحاصل من شاهد الحال و لا یترتب علیه أثر المعاطاة من اللزوم بتلف إحدی العینین أو جواز التصرف إلی حین العلم بالرجوع أو مع ثبوت أحدهما و إن کان علی وجه المعاطاة فهذا لیس إلا التراضی السابق علی ملکیة کل منهما لمال الآخر و لیس تراضیا جدیدا بناء علی أن المقصود بالمعاطاة التملیک کما عرفته من کلام المشهور خصوصا المحقق الثانی فلا یجوز له أن یرید بقوله المتقدم عن صیغ العقود أن الصیغة الفاقدة للشرائط مع التراضی یدخل فی المعاطاة التراضی الجدید الحاصل بعد العقد لا علی وجه المعاوضة. و تفصیل الکلام أن المتعاملین بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إما أن یقع تقابضهما بغیر رضا من کل منهما فی تصرف الآخر بل حصل قهرا علیهما أو علی أحدهما و إجبارا علی العمل بمقتضی العقد فلا إشکال فی حرمة التصرف فی المقبوض علی هذا الوجه و کذا إن وقع علی وجه الرضا الناشئ عن بناء کل منهما علی ملکیة الآخر اعتقادا أو تشریعا کما فی کل قبض وقع علی هذا الوجه لأن حیثیة کون القابض مالکا مستحقا لما یقبضه جهة تقییدیة مأخوذة فی الرضا ینتفی بانتفائها فی الواقع کما فی نظائره. و هذان الوجهان مما لا إشکال فیه فی حرمة التصرف فی العوضین کما أنه لا إشکال فی الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملیک لیکون معاطاة صحیحة عقیب عقد فاسد و إما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه علی استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لإنشاء تملیک بل وقع مقارنا لاعتقاد الملکیة الحاصلة بحیث لولاها لکان الرضا أیضا موجودا و کان المقصود الأصلی من المعاملة التصرف و أوقعا العقد الفاسد وسیلة له و یکشف عنه أنه لو سئل کل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه علی تقدیر عدم التملیک أو بعد تنبیهه علی عدم حصول الملک کان راضیا فإدخال هذا فی المعاطاة یتوقف علی أمرین الأول کفایة هذا الرضا المرکوز فی النفس بل الرضا الشأنی لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حیث کونه مالکا فی نظره و قد صرح بعض من قارب عصرنا بکفایة ذلک و لا یبعد رجوع الکلام المتقدم ذکره إلی هذا و لعله لصدق طیب النفس علی هذا الأمر المرکوز فی النفس. الثانی أنه لا یشترط فی المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملیک بالقبض بل و لا بمطلق الفعل بل یکفی وصول کل من العوضین إلی المالک الآخر و الرضا بالتصرف قبله أو بعده علی الوجه المذکور و فیه إشکال من أن ظاهر محل النزاع بین العامة و الخاصة هو العقد الفعلی کما ینبئ عنه قول العلامة رحمه الله فی رد کفایة المعاطاة فی البیع إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد و کذا استدلال المحقق الثانی علی عدم لزومها بأن الأفعال لیست کالأقوال فی صراحة الدلالة و کذا ما تقدم من الشهید رحمه الله فی قواعده من أن الفعل فی المعاطاة لا یقوم مقام القول و إنما یفید الإباحة إلی غیر ذلک من کلماتهم الظاهرة فی أن محل الکلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض و کذا کلمات العامة فقد ذکر بعضهم أن البیع ینعقد بالإیجاب و القبول و بالتعاطی. و من أن الظاهر أن عنوان التعاطی فی کلماتهم لمجرد الدلالة علی الرضا و أن عمدة الدلیل علی ذلک هی السیرة و لذا تعدوا إلی ما إذا لم یحصل إلا قبض أحد العوضین و السیرة موجودة فی المقام فإن بناء الناس علی أخذ الماء و البقل و غیر ذلک من الجزئیات من دکاکین أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس فی الموضع المعد له و علی دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فی کوز الحمامی. فالمعیار فی المعاطاة وصول المالین أو أحدهما مع التراضی بالتصرف و هذا لیس ببعید علی القول بالإباحة

مقدمة فی خصوص ألفاظ عقد البیع

اشارة

قد عرفت أن اعتبار اللفظ فی البیع بل فی جمیع العقود مما نقل علیه عقد الإجماع و تحقق فیه الشهرة العظیمة مع الإشارة إلیه فی بعض النصوص لکن هـذا یختص بصورة القـدرة أما مع العجز عنه کالأخرس فمع عـدم القدرة علی التوکیل لا إشـکال و لا خلاف فی عدم اعتبار اللفظ و قیام الإشارة مقامه و کـذا مع القدرة علی التوکیل لا لأصالة عدم وجوبه کما قیل لأن الوجوب بمعنی الاشتراط کما فیما نحن فیه هو الأصـل بل لفحوی ما ورد من عـدم اعتبار اللفظ فی طلاق الأخرس فإن حمله علی صورة عجزه عن التوکیل حمل للمطلق علی الفرد النـادر مع أن الظـاهر عـدم الخلاـف فی عـدم الوجوب. ثم لو قلنـا إن الأصل فی المعاطاة اللزوم بعـد القول بإفادتها الملکیة فالقـدر المخرج صورة قـدرة المتبایعین علی مباشـرة اللفظ و الظاهر أیضا کفایة الکتابة مع العجز عن الإشارة لفحوی ما ورد من النص علی جوازها فی الطلاق مع أن الظاهر عـدم الخلاف فیه و أما مع القـدرة علی الإشارة فقـد رجح بعض الإشارة و لعله لأنها أصـرح فی الإنشاء من الکتابـة. و فی بعض روایات الطلاق ما یدل علی العکس و إلیه ذهب الحلی رحمه الله هناک. ثم الکلام فی الخصوصـیات المعتبرة فی اللفظ تارة یقع فی مواد الألفاظ من حیث إفادة المعنی بالصـراحة و الظهور و الحقیقـة و المجاز و الکنایـة و من حیث اللغة المسـتعملة فی معنی المعاملة و أخری فی هیئة کل من الإیجاب و القبول من حیث اعتبار کونه بالجملة الفعلیة و کونه بالماضی و ثالثة فی هیئـة ترکیب الإیجاب و القبول من حیث الترتیب و الموالاة أما الکلام من حیث المادة فالمشـهور عـدم وقوع العقد بالکنایات. قال فی التـذکرة الرابع من شـروط الصـیغة التصـریح فلاـ یقع بالکنایـة بیع البتـة مثل قوله أدخلته فی ملکک أو جعلته لک أو خـذه منی أو سلطتک علیه بکـذا عملا بأصالـة بقاء الملک و لأن المخاطب لا یـدری بم خوطب انتهی. و زاد فی غایـة المراد علی الأمثلـة مثل قوله أعطیتکه بکذا أو تسـلط علیه بکذا و ربما یبدل هذا باشتراط الحقیقة فی الصـیغة فلا ینعقد بالمجازات حتی صـرح بعضهم بعدم الفرق بین المجاز القریب و البعید. و المراد بالصریح کما یظهر من جماعة من الخاصة

المکاسب، ج۲، ص ۹۴

و العامة فی باب الطلاق و غیره ما کان موضوعا بعنوان ذلک العقد لغة أو شـرعا و من الکنایة ما أفاد لازم ذلک العقد بحسب الوضـع فیفیـد إرادة نفسه بالقرائن و هی علی قسـمین عنـدهم جلیـة و خفیـة. و الـذی یظهر من النصوص المتفرقـة فی أبواب العقود اللازمـة و الفتـاوی المتعرضـة لصـیغها فی البیع بقول مطلق و فی بعض أنواعه و فی غیر البیع من العقود اللازمـة هو الاکتفـاء بکـل لفـظ له ظهور عرفی معتـد به فی المعنی المقصود فلاـ فرق بین قوله بعت و ملکت و بین قوله نقلت إلی ملکک أو جعلته ملکا لک بکـذا و هـذا هو الذی قواه جماعة من متأخری المتأخرین. و حکی عن جماعة ممن تقدمهم کالمحقق حیث حکی عن تلمیذه کاشف الرموز أنه حکی عن شـیخه المحقق أن عقد البیع لا یلزم فیه لفظ مخصوص و أنه اختاره أیضا و حکی عن الشـهید رحمه الله فی حواشـیه أنه جوز البیع بکل لفظ دل علیه مثل أسـلمت إلیک و عاوضتک. و حکاه فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین بل هو ظاهر العلامة رحمه الله فی التحریر حیث قال إن الإیجاب هو اللفظ الدال علی النقل مثل بعتک أو ملکتک أو ما یقوم مقامهما و نحوه المحکی عن التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام فإذا کان الإیجاب هو اللفظ الدال علی النقل فکیف لا ینعقد بمثل نقلته إلی ملکک أو جعلته ملکا لک بکـذا بل قـد یـدعی أنه ظاهر کل من أطلق اعتبار الإیجاب و القبول فیه من دون ذکر لفظ خاص کالشـیخ و أتباعه فتأمل. و قد حکی عن الأکثر تجویز البیع حالا بلفظ المسلم. و صرح جماعة أیضا فی بیع التولیة بانعقاده بقوله ولیتک العقد أو ولیتک السلعة و التشریک فی المبیع بلفـظ شـرکتک. و عن المسالک فی مسألـة تقبل أحـد الشـریکین فی النخل حصـة صاحبه بشـیء معلوم من الثمرة أن ظاهر الأصـحاب جواز ذلک بلفظ التقبیل مع أنه لا یخرج عن البیع أو الصـلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة هذا ما حضـرنی من کلماتهم فی البیع و أما فی غیره فظاهر جماعة فی القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله تصـرف فیه أو انتفع به و علیک رد عوضـه أو خـذه بمثله و أسـلفتک و غیر ذلک مما عـدوا مثله فی البیع من الکنایات مع أن القرض من العقود اللازمـة علی حسب لزوم البیع و الإجارة. و حکی عن جماعـة فی الرهن أن إیجابه یؤدی بکل لفظ یدل علیه مثل قوله هذه وثیقة عندک. و عن الدروس تجویزه بقوله

خذه أو أمسكه بمالك. و حكى عن غير واحد تجويز إيجاب الضمان الذى هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال و تقلدته و شبه ذلك. و لقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الإجارة بلفظ العارية معللين بتحقق القصد و تردد جماعة فى انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة و قد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة. و عن مجمع البرهان كما فى غيره أنه لا خلاف فى جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا و عن المشهور جوازها بلفظ ازرع.

و قد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت مع القرينة الدالة على إرادة الوقف مثل أن لا يباع و لا يورث مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما من الكنايات و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحا فيه. و مع هذه الكلمات كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له و أنه لا- يجوز بالألفاظ المجازية خصوصا مع تعميمها للقريبة و البعيدة كما تقدم عن بعض المحققين و لعله لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية فى العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فى أكثرها بالألفاظ غير الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثانى على ما حكى عنه فى باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة و هو جمع حسن و لعل الأولى أن يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء أ كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع إذ لا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد فإن الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال يدل على إرادة البيع جزما. و مما ذكرنا يظهر الإشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على القرينة الحالية المعينة و كذا المشترك المعنوى و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة بقوله قدس سره لأن المخاطب لا يدرى بم خوطب إذ ليس المراد أن المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية بل المراد أن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم لأن اللازم الأعم كما هو الغالب بل المطرد فى الكنايات لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاص فالخطاب فى نفسه محتمل لا- يدرى المخاطب بم خوطب و إنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم. و المفروض على ما تقرر فى مسألة المعاطاة أن النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا- تؤثر فى النقل و الانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التفاهم به لكن هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكروه من أمثلة الكناية. ثم إنه ربما يدعى أن العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء فلا- بد من الاقتصار على المتيقن و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتى بعضها. و أما ما ذكره الفخر قدس سره فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة شرعا هى اشتمالها على العنوان المعبر به عن تلك المعاملة فى كلام الشارع فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها فى كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين

المكاسب، ج ۲، ص ۹۵

فلا- يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك و هكذا الكلام فى العقود المنشئة للمقاصد الأخر كالبيع و الإجارة و نحوهما. فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العناوين الدائرة فى لسان الشارع أو ما يرادفها لغة أو عرفا لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعية التى لا- تحصى. فعلى هذا فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة فى لسان الشارع إذ لو وقع بإنشاء غيرها فإن كان لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع لم تترتب عليه الآثار المحمولة فى الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة و إن كان بقصد هذه العناوين دخل فى الكناية التى عرفت أن تجويزها

رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و إليه يشير أيضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه. و ما عن المسالك من أنه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هي المأثورة في كلام الشارع. و عن كنز العرفان في باب النكاح أنه حكم شرعي حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظي المتلقى من النص ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظا ثلاثة و عللها بورودها في القرآن. و لا يخفى أن تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود و أنها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط تقدر على تميز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره و أن الإجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه و هكذا. إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول

[الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البيع

منها لفظ بعت في الإيجاب

و لا خلاف فيه فتوى و نصا و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله في البيع وصلت إلى حد تغنيه عن القرينة.

و منها لفظ شريت

[فلا إشكال في وقوع البيع به لوضعه له كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع. و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع و باعه كاشتراه فهما ضدان و عنه أيضا كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتراه و ربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفا في البيع و كونه محتاجا إلى القرينة المعينة و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه

و منها لفظ ملكت بالتشديد

و الأكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه حيث قال إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعت و ملكت و يدل عليه ما سبق في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا و لغة كما صرح به فخر الدين حيث قال إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري. و ما قيل من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر منه عند الإطلاق غيرها فيه أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع و إن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريد الملكية المجانية. و قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنيت صحة العقد على صحة عقد بلفظ غيره مع النية. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري و أما الإيجاب باشتريت ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة و المنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد. أقول و قد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعت و ملكت شبههما أو ما يقوم مقامهما إذ إرادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جدا و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد فيتعين إرادة ما يراد فهما لغة أو عرفا فيشمل شريت و اشتريت لكن الإشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا لأن

شریت استعمل فی القرآن الکریم فی البیع بل لم یستعمل فیه إلا فیه بخلاف اشتریت. و دفع الإشکال فی تعیین المراد منه بقرینة تقدیمه الدال علی کونه إیجابا إما بناء علی لزوم تقدیم الإیجاب علی القبول و إما لغلبة ذلک غیر صحیح لأن الاعتماد علی القرینة غیر اللفظیة فی تعیین المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فیه إلا أن یدعی أن ما ذکر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حیث دلالته علی خصوص العقد و تمیزه عما عداه من العقود. و أما تمیز إیجاب عقد معین عن قبوله الراجع إلی تمییز البائع عن المشتری فلا یعتبر فیه الصراحة بل یکفی استفادة المراد و لو بقرینة المقام أو غلبته أو نحوهما و فیه إشکال. و أما القبول فلا ینبغی الإشکال فی وقوعه بلفظ قبلت و رضیت و اشتریت و ابتعت و تملکت و ملکت مخففا. و أما بعت فلم ینقل إلا من الجامع مع أن المحکی عن جماعة من أهل اللغة اشتراکه بین البیع و الشراء و لعل الإشکال فیه کإشکال اشتریت فی الإیجاب. و اعلم أن المحکی عن نهایة الأحکام و المسالک أن الأصل فی القبول قبلت و غیره بدل لأن القبول علی الحقیقة مما لا یمکن به الابتداء و الابتداء بنحو اشتریت و ابتعت ممکن و سیأتی توضیح ذلک فی اشتراط تقدیم الإیجاب. ثم إن فی انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها وجهین.

فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشترکة بین الإیجاب و القبول

ثم اختلفا فی تعیین الموجب و القابل إما بناء علی جواز تقدیم القبول و إما من جهة اختلافهما فی المتقدم فلا یبعد الحکم بالتحالف ثم عدم ترتب الآثار المختصة بکل من البیع و الاشتراء علی واحد منهما.

مسألة المحکی عن جماعة منهم السید عمید الدین و الفاضل المقداد و المحقق و الشهید الثانیان اعتبار العربیة

فی العقد للتأسی کما فی جامع المقاصد لأن عدم صحته بالعربی غیر الماضی یستلزم عدم صحته بغیر العربی بطریق أولی و فی الوجهین ما لا یخفی و أضعف منهما منع صدق العقد علی غیر العربی مع التمکن من العربی فالأقوی صحته بغیر العربی.
و هل یعتبر عدم اللحن من حیث المادة و الهیئة بناء علی اشتراط العربی الأقوی ذلک بناء علی أن دلیل اعتبار العربیة هو لزوم الاقتصار علی المتیقن من أسباب
المکاسب، ج۲، ص ۹۶
النقل و کذا اللحن فی الأعراب. و حکی عن فخر الدین الفرق بین ما لو قال بعتک بفتح الباء و بین ما لو قال جوزتک بدل زوجتک فصحح الأول دون الثانی إلا مع العجز عن التعلم و التوکیل و لعله معنی صحیح فی الأول إلا البیع بخلاف التجویز فإن له معنی آخر فاستعماله فی التزویج غیر جائز و منه یظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم یتغیر بها المعنی. ثم هل المعتبر عربیة جمیع أجزاء الإیجاب و القبول کالثمن و المثمن أم تکفی عربیة الصیغة الدالة علی إنشاء الإیجاب و القبول حتی لو قال بعتک أین کتاب را به ده درهم کفی و الأقوی هو الأول لأن غیر العربی کالمعدوم فکأنه لم یذکر فی الکلام. نعم لو لم یعتبر ذکر متعلقات الإیجاب کما لا یجب فی القبول و اکتفی بانفهامها و لو من غیر اللفظ صح الوجه الثانی لکن الشهید رحمه الله فی غایة المراد فی مسألة تقدیم القبول نص علی وجوب ذکر العوضین فی الإیجاب. ثم إنه هل یعتبر کون المتکلم عالما تفصیلا بمعنی اللفظ بأن یکون فارقا بین معنی بعت و أبیع و أنا بائع أو یکفی مجرد علمه بأن هذا اللفظ یستعمل فی لغة العرب لإنشاء البیع الظاهر هو الأول لأن عربیة الکلام لیست باقتضاء نفس الکلام بل بقصد المتکلم منه المعنی الذی وضع له عند العرب فلا یقال إنه تکلم و أدی المطلب علی طبق لسان العرب إذا میز بین معنی بعت و أبیع و أوجدت البیع و غیرها بل علی هذا لا یکفی معرفة أن بعت مرادف لقوله فروختم حتی یعرف أن المیم فی الفارسی عوض عن تاء المتکلم فیمیز بین بعتک و بعت بالضم و بعت بفتح التاء فلا ینبغی ترک الاحتیاط و إن کان فی تعینه نظر و لذا نص بعض علی عدمه

مسألة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية

بل فى التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك أو اشتر منى و لعله لصراحته فى الإنشاء إذ المستقبل أشبه بالوعد و الأمر استدعاء لا إيجاب مع أن قصد الإنشاء بالمستقبل خلاف المتعارف. و عن القاضى فى الكامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود و ما دل فى بيع الآبق و اللبن فى الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع و فحوى ما دل عليه فى النكاح و لا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فى الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام فتأمل.

مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول

و به صرح فى الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة كما عن الإيضاح و جامع المقاصد و لعله الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق البيع و التجارة فى الكتاب و السنة. و زاد بعضهم أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه و أنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه. و حكى عن غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه و ليس فى الخلاف فى هذه المسألة إلا- أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه فيؤخذ به فراجع خلافا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح و إن وافق الخلاف فى البيع إلا أنه عدل عنه فى باب النكاح بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحته بين الإمامية حيث إنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر فى النكاح بأن يقول الرجل زوجنى فلانة جائز بلا خلاف قال أما البيع فإنه إذا قال بعينها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا- يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و كيف كان فنسبة القول الأول إلى المبسوط مستندة إلى كلامه فى باب البيع و أما فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم كالمحقق رحمه الله فى الشرائع و العلامة فى التحرير و الشهيدين فى بعض كتبهما و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها و فحوى جوازه فى النكاح الثابت بالأخبار مثل: خبر أبان بن تغلب الوارد فى كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول الله ص إلى أن قال فإذا قالت نعم فهى امرأتك و أنت أولى الناس بها. و رواية سهل الساعدى المشهورة فى كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها. و التحقيق أن القبول إما أن يكون بلفظ قبلت و رضيت و إما أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعنى فيقول المخاطب بعتك و إما أن يكون بلفظ اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت فإن كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت فى صدر المسألة بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة أنه لا خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ قبلت و هو المحكى عن نهاية الأحكام و كشف اللثام فى باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخرى المتأخرين أيضا بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه. و يدل عليه مضافا إلى ما ذكر و إلى كونه خلاف المتعارف من العقد أن القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضة فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه و ليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب سواء تحقق قبل ذلك أم لا حيث إن الرضا لشىء لا يستلزم فى تحققه فى الماضى فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضية لأن المشترى ناقل كالبائع و هذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل فى الحال فإن من رضى بمعاوضة ينشأها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التى أنشأها الموجب سابقا فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله إلى غيره على وجه العوضية. و من هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين فى رد الدليل المذكور و هو كون القبول فرع الإيجاب و تابعا له و هو أن تبعية القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه و إنما هو على سبيل الفرض و التنزيل بأن يجعل القابل نفسه متناولا- لما يلقى إليه من الموجب و الموجب مناولا- كما يقول السائل فى مقام الإنشاء أنا راض بما تعطينى و قابل لما تمنحنى فهو متناول قدم إنشاءه أو أخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت إن لم يقم إجماع

على خلافه انتهى. و وجه الفساد ما عرفت سابقا من أن الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقل من القابل فى الحال بل هو رضا منه بالانتقال فى الاستقبال و ليس المراد أن أصل الرضا بشىء تابع لتحققه فى الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال بل المراد الرضا الذى يعد قبولا و ركنا فى العقد. و مما ذكرنا

المكاسب، ج۲، ص ۹۷

يظهر الوجه فى المنع عن تقدم القبول بلفظ الأمر كما لو قال يعنى هذا بدرهم فقال بعتك لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقلة نقل فى الحال للدرهم إلى البائع كما لا يخفى. و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه و أما فحوى جوازه فى النكاح ففيها بعد الإغماض عن حكم الأصل بناء على منع دلالة رواية سهل- على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبى ص و يؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة نعم فى الإيجاب ثم اعلم أن فى صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب فقال فى المبسوط إن قال بعنيها بألف فقال بعتك صح و الأقوى عندى أنه لا يصح حتى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت و اختار ذلك فى الخلاف و صرح به فى الغنية فقال و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشترى حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى و هو أن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك فإنه لا ينعقد حتى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت أو قبلت و صرح به أيضا فى السرائر و الوسيلة. و عن جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاقى و حكى الإجماع عن ظاهر الغنية أيضا أو صريحها. و عن المسالك المشهور بل قيل إن هذا الحكم ظاهر كل من اشتراط الإيجاب و القبول و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع و نسبته إلينا مشعر بقرينة السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا فقال إذا تعاقدا فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح و كذا إذا تقدم الإيجاب على القبول فى البيع صح بلا خلاف و إما أن تأخر الإيجاب و سبق القبول فإن كان فى النكاح فقال الزوج زوجنيها فقال زوجتكها صح و إن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدى: قال الرجل زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول و تأخر الإيجاب و إن كان هذا فى البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضى فى الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق و تمسك له فى النكاح برواية سهل الساعدى المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج إلا أن المحقق مع تصريحه فى البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب. و ذكر العلامة قدس سره الاستيجاب و الإيجاب و جعله خارجا عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته مع أنه تردد فى اعتبار تقديم القبول و كيف كان فقد عرفت أن الأقوى المنع فى البيع لما عرفت بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول ثم إن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ فى اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة فى الملك. و أما على ما قويناه سابقا فى مسألة المعاطاة من أن البيع العرفى موجب للملك و أن الأصل فى الملك اللزوم فاللازم الحكم باللزوم فى كل مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم و أما فى غير ذلك فالأصل اللزوم. و قد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح فى المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكى فى الكامل أيضا فتأمل و إن كان التقديم بلفظ اشتريت أو ابتعت أو تملكت أو ملكت هذا بكذا فالأقوى جوازه لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففى الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه و المشترى ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله ففى الحقيقة كل منهما يخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه فى ملكه إلا أن الإدخال فى الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و فى القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس و حينئذ فليس فى حقيقة الاشتراء من حيث

هو معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه

عقيب الإيجاب و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول أطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخر- لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا و البائع إنما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك لا بمدلول الصيغة. و قد صرح في النهاية و المسالك على ما حكي بأن اشتريت ليس قبولا حقيقة و إنما هو بدل و أن الأصل في القبول قبلت لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشتريت يجوز الابتداء به و مرادهما أنه بنفسه لا- يكون قبولا- فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا و لذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت و اشتريت بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان. فإن قلت إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشتريت حتى يقع قبولا لأن إنشاء مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر فيكون اشتريت متأخرا التزاما بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا- قبول فيه رأسا. قلت المسلم من الاجتماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و قبول الأثر فلا- فقد تبين من جميع ذلك أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع تقدم أو تأخر و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع. فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ اشتريت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر إطلاق

المكاسب، ج۲، ص ۹۸

الشيخ في الخلاف حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشتريت و كذا السيد في الغنية حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الإيجاب و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد. و الحاصل أن المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلي و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول و قد نبهنا على أمثال ذلك في مواردها نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية و هو الوصل بين الإيجاب و القبول فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. ثم إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدى بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدى قبولها بلفظ تملكت منك منفعة كذا أو ملكت و النكاح الذي يؤدى قبولها بلفظ نكحت و تزوجت و أما بالإنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتهنت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه إذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب و قد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق فيجوز أن يقول رضيت برهنك هذا عندي فيقول رهنت. و التحقيق عدم الجواز لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن لأن الإيجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال و كذا القول في الهبة و القرض فإنه لا يحصل من إنشاء القول فيهما التزام بشيء- و إنما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوهما قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التمليك بغير عوض. و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين و كانت نسبتها إليهما على وجه سواء و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر كان البادي منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا. ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتك كان إيجابا آخر- فيلزم تركيب العقد من إيجابين و تحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت. و قد عرفت

أن قبلت و رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض فى الحال.

فتلخص مما ذكرنا أن القبول فى العقود على أقسام لأنه إما أن يكون التزاما بشىء من القابل كنقل مال عنه أو زوجية و إما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. و الأول على قسمين لأن الالتزام الحاصل من القابل إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغايرا كالاشتراء. و الثانى أيضا على قسمين لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض و إما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا فى القسم الثانى من كل من القسمين. ثم إن مغايرة الالتزام فى قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفى فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا. و بعبارة أخرى كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشترى و إلا فكل منهما فى الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و يملك مال غيره بإزاء ماله.

و من جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه و قبوله

ذكره الشيخ فى المبسوط فى باب الخلع ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و الشيخ المقداد. قال الشهيد فى قواعده الموالاة معتبرة فى العقد و نحوه و هى مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه. و قال بعض العامة لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب الحمد لله و الصلاة على رسول الله قبلت نكاحها و منه الفورية فى استتابة المرتد فيعتبر فى الحال و قيل إلى ثلاثة أيام و منه السكوت فى أثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله و منه السكوت الطويل فى أثناء القراءة أو قراءة غيرها و كذا التشهد و منه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة و منه الموالاة فى التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرار و الموالاة فى سنة التعريف فلو رجع فى أثناء المدة استؤنفت ليتوالى انتهى. أقول حاصله أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صورة اتصالية فى العرف فلا بد فى ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار صورته الاتصالية فالعقد المركب من الإيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية و لذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطا فى الطول كسنة أو أزيد و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو فى كل أمر بحسبه فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما و يجوز بين الكلمات الفصل بما لا يجوز بين الحروف كما فى الأذان و القراءة. و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم فى المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود و بإطلاق كلمات الأصحاب فى اعتبار العقد فى اللزوم بل الملك أما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد و أما جعل المأخذ فى ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل فى مورد خاص. و قد صرح فى القواعد مكررا بكون الأصل فى هذه القاعدة كذا و يحتمل بعيدا أن يكون الوجه فيه أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن

المكاسب، ج۲، ص ۹۹

حد الكذب إلى الصدق فصدقه يتوقف عليه فلذا كان طول الفصل هناك أقبح فصار أصلا فى اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام ثم تعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا أو معنى أو من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا و نحو ذلك ثم فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد فإن غاية ما يمكن أن يقال فى توجيهها إن المطلوب فى الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بد من إعادته فى أقرب الأوقات. و أما مسألة الجمعة فلأن هيئة الاجتماع فى جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة فيقدح الإخلال بها و للتأمل فى هذه الفروع و فى صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال ثم إن المعيار

فى الموالاة موكول إلى العرف كما فى الصلاة و القراءة و الأذان و نحوها و يظهر من رواية سهل الساعدى المتقدمة فى مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلام طويل أجنبى بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابى زوجنيها و الإيجاب قوله ص بعد فصل طويل زوجتكها بما معك من القرآن و لعل هذا موهن آخر للرواية فافهم.

و من جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد

بأن لا يكون معلقا على شيء بأداة الشرط بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فى صورة وجود ذلك الشيء لا فى غيرها و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلى و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم قدس الله أرواحهم. و عن فخر الدين فى شرح الإرشاد فى باب الوكالة أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية و كذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة. و عن تمهيد القواعد دعوى الإجماع عليه و ظاهر المسالك فى مسألة اشتراط التنجيز فى الوقف الاتفاق عليه و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد و إن لم يتعرض الأكثر فى هذا المقام و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاقد الإجماعات فى اشتراط التنجيز فى الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التى يكفى فيها كل ما دل على الإذن حتى أن العلامة ادعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صحة أن يقول الموكل أنت وكيلى فى يوم الجمعة أن تبيع عبدى و على صحة قوله أنت وكيلى و لا تبع عبدى إلا فى يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا و فرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن هذا فى معنى التعليق بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها فإذا كان الأمر كذلك عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع و بالجملة فلا شبهه فى اتفاقهم على الحكم. و أما الكلام فى وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة فى التذكرة أنه مناف للجزم حال الإنشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق. قال الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و إن كان الشرط المشية- للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته- و هو أحد قولى الشافعى و أظهرهما عندهم الصحة لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهى و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله فى قواعده قال لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا إلا مع الجزم و الجزم ينافى التعليق انتهى. و مقتضى ذلك أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول كما صرح به المحقق فى باب الطلاق. و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان فى الجامع و المسالك فى مسألة إن كان لى فقد بعته أن التعليق إنما ينافى الإنشاء فى العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد فى قواعده ذكر فى الكلام المتقدم أن الجزم ينافى التعليق لأنه بعرضة عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف كان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد ثم قال فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله فى صورة إنكار التوكيل- إن كان لى فقد بعته منك بكذا قلت هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع و كذا نقول لو قال فى صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدعيه المرأة إن كانت زوجتى فهى طالق انتهى كلامه رحمه الله و علل العلامة فى القواعد صحة إن كان لى فقد بعته بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا و كذا كل شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكا فى البيع و لا فى وقوعه انتهى. و تفصيل الكلام أن المعلق عليه- إما أن يكون معلوم التحقق و إما إما يكون محتمل التحقق و على الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل فى الحال أو المستقبل و على التقادير فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه شرعا أو مما يصح إخراجه عن الملك كغير أم الولد و غير الموقوف و نحوه و كون المشترى ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا و ممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغا و إما أن لا يكون كذلك. ثم التعليق إما مصرح به و إما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة و قوله فى القرض و الهبة خذ هذا بعوضه أو خذه بلا عوض يوم الجمعة فإن التمليك معلق على تحقق الجمعة فى الحال أو فى الاستقبال و لهذا احتمل العلامة فى النهاية و ولده فى الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بأن العقد و إن كان منجزا فى الصورة إلا أنه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد

فالظاهر أنه غیر قادح وفاقا لمن عرفت کلامه کالمحقق و العلامة و الشهیدین و المحقق الثانی و الصیمری. و
حکی أیضا عن المبسوط و الإیضاح فی مسألة ما لو قال إن کان لی فقد بعته بل لم یوجد فی ذلک خلاف صریح و لذا ادعی فی الریاض فی باب الوقف عدم الخلاف فیه صریحا و ما کان منها معلوم الحصول فی المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة فالظاهر أنه داخل فی معقد اتفاقهم علی عدم الجواز و إن کان تعلیلهم للمنع باشتراط الجزم لا یجری فیه کما اعترف به الشهید فیما تقدم عنه و نحوه الشهید الثانی فیما حکی عنه بل یظهر من عبارة المبسوط فی باب الوقف کونه مما لا خلاف فیه بیننا بل بین العامة فإنه قال إذا قال الواقف إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم یصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البیع و الهبة و عندنا مثل العتق أیضا انتهی فإن ذیله یدل علی أن مماثلة الوقف للبیع و الهبة غیر

المکاسب، ج۲، ص ۱۰۰

مختص بالإمامیة. نعم مماثلته للعتق مختصة بهم و ما کان منها مشکوک الحصول و لیست صحة العقد معلقة علیه فی الواقع کقدوم الحاج فهو المتیقن من معقد اتفاقهم و ما کانت صحة العقد معلقة علیه کالأمثلة المتقدمة فظاهر إطلاق کلامهم یشمله إلا أن الشیخ فی المبسوط حکی فی مسألة إن کان لی فقد بعته قولا من بعض الناس بالصحة و أن الشرط لا یضره مستدلا بأنه لم یشترط إلا ما یقتضیه إطلاق العقد لأنه إنما یصح البیع لهذه الجاریة من الموکل إذا کان أذن له فی الشراء فإذا اقتضاه الإطلاق لم یضر إظهاره و شرطه کما لو شرط فی البیع تسلیم الثمن أو تسلیم المثمن أو ما أشبه ذلک انتهی و هذا الکلام و إن حکاه عن بعض الناس إلا أن الظاهر ارتضاؤه له و حاصله أنه کما لا یضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة علیه کذلک لا یضر تعلیق العقد بما هو معلق علیه فی الواقع فتعلیقه ببعض مقدماته کالالتزام ببعض غایاته فکما لا یضر الالتزام بما یقتضی العقد إلزامه کذلک التعلیق بما کان الإطلاق معلقا علیه و مقیدا به. و هذا الوجه و إن لم ینهض لدفع محذور التعلیق فی إنشاء العقد لأن المعلق علی ذلک الشرط فی الواقع هو ترتب الأثر الشرعی علی العقد دون إنشاء مدلول الکلام الذی هو وظیفة المتکلم فالمعلق فی کلام المتکلم غیر معلق فی الواقع علی شیء و المعلق علی شیء لیس معلقا فی کلام المتکلم علی شیء بل و لا منجزا بل هو شیء خارج عن مدلول الکلام إلا أن ظهور ارتضاء الشیخ له کاف فی عدم الظن بتحقق الإجماع علیه مع أن ظاهر هذا التوجیه لعدم قدح التعلیق یدل علی أن محل الکلام فیما لم یعلم وجود المعلق علیه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم. و یؤید ذلک أن الشهید فی قواعده جعل الأصح صحة تعلیق البیع علی ما هو شرط فیه کقول البائع بعتک إن قبلت و یظهر منه ذلک أیضا فی أواخر القواعد. ثم إنک قد عرفت أن العمدة فی المسألة هو الإجماع و ربما یتوهم أن الوجه فی اعتبار التنجیز- هو عدم قابلیة الإنشاء للتعلیق و بطلانه واضح لأن المراد بالإنشاء إن کان هو مدلول الکلام فالتعلیق غیر متصور فیه إلا أن الکلام لیس فیه و إن کان الکلام فی أنه- کما یصح إنشاء الملکیة المتحققة علی کل تقدیر فهل یصح إنشاء الملکیة المتحققة علی تقدیر دون آخر کقوله هذا لک إن جاء زید غدا و خذ المال قرضا أو قراضا إذا أخذته من فلان و نحو ذلک فلا ریب فی أنه أمر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیرا کما فی الأوامر و المعاملات من العقود و الإیقاعات. و یتلو هذا الوجه فی الضعف ما قیل من أن ظاهر ما دل علی سببیة العقد ترتب مسببه علیه حال وقوعه فتعلیق أثره بشرط من المتعاقدین مخالف لذلک. و فیه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة و اللزوم فی مثل قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- لأن دلیل حلیة البیع و تسلط الناس علی أموالهم کاف فی إثبات ذلک أن العقد سبب لوقوع مدلوله فیجب الوفاء به علی طبق مدلوله فلیس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلا مفاد أوفوا بالعهد فی أن العقد کالعهد إذا وقع علی وجه التعلیق فترقب تحقق المعلق علیه فی تحقق المعلق لا یوجب عدم الوفاء بالعهد. و الحاصل أنه إن أرید بالمسبب مدلول العقد- فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البدیهیات التی لا یعقل خلافها- و إن أرید به الأثر الشرعی و هو ثبوت الملکیة فیمنع کون أثر مطلق البیع الملکیة المنجزة بل هو مطلق الملک فإن کان البیع غیر معلق کان أثره الشرعی الملک الغیر المعلق و إن کان معلقا فأثره الملکیة المعلقة مع أن تخلف الملک عن العقد کثیر جدا مع أن ما ذکره لا یجری فی مثل قوله بعتک إن شئت أو إن قبلت فقال قبلت فإنه لا یلزم هنا تخلف أثر العقد عنه مع أن هذا لا یجری فی الشرط

المشكوک المتحقق فی الحال فإن العقد حینئذ یکون مراعی لا- موقوفا مع أن ما ذکره لا یجری فی غیره من العقود التی قد یتأخر مقتضاها عنها کما لا یخفی و لیس الکلام فی خصوص البیع و لیس علی هذا الشرط فی کل عقد دلیل علی حدة. ثم الأضعف من الوجه المتقدم التمسک فی ذلک بتوقیفیة الأسباب الشرعیة الموجبة لوجوب الاقتصار فیها علی المتیقن و لیس إلا العقد العاری عن التعلیق إذ فیه أن إطلاق الأدلة مثل حلیة البیع و تسلط الناس علی أموالهم و حل التجارة عن تراض و وجوب

الوفاء بالعقود و أدلة سائر العقود کافیة فی التوقف. و بالجملة فإثبات هذا الشرط فی العقود مع عموم أدلتها و وقوع کثیر منها فی العرف علی وجه التعلیق بغیر الإجماع محققا أو منقولا مشکل ثم إن القادح هو تعلیق الإنشاء. و أما إذا أنشأ من غیر تعلیق صح العقد و إن کان المنشئ مترددا فی ترتب الأثر علیه شرعا أو عرفا کمن ینشئ البیع و هو لا- یعلم أن المال له أو أن المبیع مما یتمول أو أن المشتری راض حین الإیجاب أم لا أو غیر ذلک مما تتوقف صحة العقد علیه عرفا أو شرعا بل الظاهر أنه لا یقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر علیه إذا تحقق القصد إلی التملیک العرفی. و قد صرح بما ذکرنا بعض المحققین حیث قال لا یخل زعم فساد المعاملة ما لم یکن سببا لارتفاع القصد. نعم ربما یشکل الأمر فی فقد الشروط المقومة کعدم الزوجیة أو الشک فیها عند إنشاء الطلاق فإنه لا یتحقق القصد إلیه منجزا من دون العلم بالزوجیة و کذا الرقبة فی العتق و حینئذ فإذا مست الحاجة إلی شیء من ذلک للاحتیاط و قلنا بعدم جواز تعلیق الإنشاء علی ما هو شرط فیه فلا بد من إبرازه بصورة التنجز و إن کان فی الواقع معلقا أو یوکل غیر الجاهل بالحال بإیقاعه و لا یقدح فیه تعلیق الوکالة واقعا علی کون الموکل مالکا للفعل لأن فساد الوکالة بالتعلیق لا یوجب ارتفاع الإذن إلا أن ظاهر الشهید فی القواعد الجزم بالبطلان فیما لو زوج امرأة یشک فی أنها محرمة علیه فظهر حلها و علل ذلک بعدم الجزم حال العقد قال و کذا الإیقاعات کما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاک فی زوجیتها أو ولی نائب الإمام ع قاضیا لا یعلم أهلیته و إن ظهر أهلا. ثم قال و یخرج من هذا البیع مال مورثه لظنه حیاته فبان میتا لأن الجزم هنا حاصل- لکن خصوصیة البائع غیر معلومة و إن قیل بالبطلان أمکن لعدم القصد إلی نقل ملکه و کذا لو زوج أمة أبیه فظهر میتا انتهی. و الظاهر الفرق بین مثال الطلاق و طرفیه بإمکان الجزم فیهما دون مثال الطلاق فافهم. و قال فی موضع آخر و لو طلق بحضور خنثیین فظهرا رجلین أمکن الصحة و کذا بحضور من یظنه فاسقا فظهر عدلا و یشکلان فی العالم بالحکم لعدم قصدهما إلی طلاق صحیح انتهی.

و من جملة شروط العقد التطابق بین الإیجاب و القبول

المکاسب، ج۲، ص ۱۰۱

فلو اختلفا فی المضمون بأن أوجب البائع البیع علی وجه خاص- من حیث خصوص المشتری أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتری علی وجه آخر لم ینعقد و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالإیجاب فحینئذ لو قال بعته من موکلک بکذا فقال اشتریته لنفسی لم ینعقد و لو قال بعت هذا من موکلک فقال الموکل غیر المخاطب قبلت صح و کذا لو قال بعتک فأمر المخاطب وکیله بالقبول فقبل و لو قال بعتک العبد بکذا فقال اشتریت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ینعقد. و کذا لو قال بعتک العبد بمائة درهم فقال اشتریته بعشرة دنانیر و لو قال للاثنین بعتکما العبد بألف فقال أحدهما اشتریت نصفه بنصف الثمن لم یقع و لو قال کل منهما ذلک لا یبعد الجواز- و نحوه لو قال البائع بعتک العبد بمائة فقال المشتری اشتریت کل نصف منه بخمسین و فیه إشکال. و من جملة الشروط فی العقد أن یقع کل من إیجابه و قبوله فی حال یجوز لکل واحد منهما الإنشاء فلو کان المشتری فی حال إیجاب البائع غیر قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلیة الإیجاب لم ینعقد ثم إن عدم قابلیتهما إن کان لعدم کونهما قابلین للتخاطب کالموت و الجنون و الإغماء بل النوم- فوجه الاعتبار عدم تحقق معنی المعاقدة و المعاهدة حینئذ. و أما صحة القبول من الموصی له بعد موت الموصی فهو شرط تحققه لا رکن فإن حقیقة الوصیة الإیصاء و کذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلک و إن کان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه عن مفهوم التعاهد و التعاقد لأن

المعتبر فیه عرفا رضا كل منهما لما ینشأه الآخر حین إنشائه كمن یعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق أو قرض أو مرض موت. و الأصل فی جمیع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغا الإیجاب السابق و كذا لو كان المشتری فی زمان الإیجاب غیر راض أو كان ممن لا یعتبر رضاه كالصغیر فصحة كل من الإیجاب و القبول یكون معناه قائما فی نفس المتكلم من أول العقد إلی أن یتحقق تمام السبب و به یتم معنی المعاقدة فإذا لم یكن هذا المعنی قائما فی نفس أحدهما أو قام و لم یكن قیامه معتبرا لم یتحقق معنی المعاقدة ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبیع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حین العقد بل یكفی حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الإیجاب و قبل القبول اللهم إلا أن یلتزم بكون الحكم فی المكره علی خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقلیدا فی شروط الصیغة

فهل یجوز أن یكتفی كل منهما بما یقتضیه مذهبه أم لا وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا فی النقل كما لو فرضنا أنه لا-قائل بجواز تقدیم القبول علی الإیجاب و جواز العقد بالفارسیة أردؤها أخیرها و الأولان مبنیان علی أن الأحكام الظاهریة المجتهد فیها بمنزلة الواقعیة الاضطراریة فالإیجاب بالفارسیة من المجتهد القائل بصحته عند من یراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس و إیجاب العاجز عن العربیة و كصلاة المتیمم بالنسبة إلی واجد الماء أم هی أحكام عذریة لا یعذر فیها إلا من اجتهد أو قلد فیها. و المسألة محررة فی الأصول هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفین مستندا إلی فعل الآخر كالصراحة و العربیة و الماضویة و الترتیب. و أما الموالاة و التنجیز و بقاء المتعاقدین علی صفة صحة الإنشاء إلی آخر العقد فالظاهر أن اختلافها یوجب فساد المجموع لأن الإخلال بالموالاة أو التنجیز أو البقاء علی صفة صحة الإنشاء یفسده عبارة من یراها شروطا فإن الموجب إذا علق مثلا أو لم یبق علی صفة صحة الإنشاء إلی زمان القبول باعتقاد مشروعیة ذلك لم یجز من القائل ببطلان هذا تعقیب هذا الإیجاب بالقبول و كذا القابل إذا لم یقبل إلا-بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك فإنه یجب علی الموجب إعادة إیجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة فتأمل.

مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملكه- و كان مضمونا علیه

اشارة

أما عدم الملك فلأنه مقتضی فرض الفساد

و أما الضمان بمعنی كون تلفه علیه- و هو أحد الأمور المتفرعة علی القبض بالعقد الفاسد

اشارة

فهو المعروف- . و ادعی الشیخ فی باب الرهن و فی موضع من البیع الإجماع علیه صریحا و تبعه فی ذلك فقیه عصره فی شرح القواعد و فی السرائر أن البیع الفاسد یجری عند المحصلین مجری الغصب فی الضمان و فی موضع آخر نسبه إلی أصحابنا و یدل علیه النبوی المشهور: علی الید ما أخذت حتی تؤدی و الخدشة فی دلالته بأن كلمة علی ظاهرة فی الحكم التكلیفی فلا یدل علی الضمان ضعیفة جدا فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلی فعل من أفعال المكلفین لا إلی مال من الأموال كما یقال علیه دین فإن لفظة علی حینئذ لمجرد الاستقرار فی العهدة- عینا كان أو دینا و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به علی ضمان الصغیر بل المجنون إذا لم یكن یدهما ضعیفة لعدم التمییز و الشعور. و یدل علی الحكم المذكور أیضا- قوله ع: فی الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتری أنه یأخذ الجاریة صاحبها و یأخذ الرجل ولده بالقیمة فإن ضمان الولد بالقیمة مع كونه نماء لم یستوفه المشتری

يستلزم ضمان الأصل بطريق أولي- و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا- كالمتلف فافهم. ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة- كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده- و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و هذه القاعدة أصلا و عكسا و إن لم أجدها بهذه العبارة فی كلام من تقدم على العلامة إلا أنها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله فی المبسوط فإنه علل الضمان فی غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضمونا عليه- . و حاصله أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعی أو جعلی موجب للضمان و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التی تضمن بصحيحها. و ذكر أيضا فی مسألة عدم الضمان فی الرهن الفاسد أن صحيحة لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده و هذا يدل على العكس المذكور و لم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد فی المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق أجرة المثل أم لا

[القول فی قاعدة الضمان

اشارة

و كيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا ثم بيان المدرك فيها.

[أما أصلها]

فتقول و من الله الاستعانة إن المراد بالعقد أعم من الجائز و اللازم بل مما كانت فيه شائبة الإيقاع

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۲

أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع و المراد بالضمان فی الجملتين- هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه فی ماله الأصلی فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه و أما مجرد كون تلفه فی ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلا فلا- يقال إن الإنسان ضامن لأمواله ثم تداركه من ماله تارة يكون بأداء عوضه الجعلی الذی تراضی هو و المالك على كونه عوضا و إمضاء الشارع كما فی المضمون بسبب العقد الصحيح و أخرى بأداء عوضه الواقعی و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه- و ثالثة بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعی و الجعلی كما ذكره بعضهم فی بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض. فإذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعی لأن هذا هو التدارك حقيقة و لذا لو اشترط ضمان العارية لزمت غرامة مثلها أو قيمتها. و لم يرد فی أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق- و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع فاحتمال أن يكون المراد بالضمان فی قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمى نظير الضمان فی العقد الصحيح ضعيف فی الغاية لا لأن ضمانه بالمسمى يخرجه عن فرض الفساد إذ يكفی فی تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية نظير المعاطاة على القول بالإباحة- بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان و أن التدارك بالمسمى فی الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطأ على عوضيته لا لأن معنى الضمان فی الصحيح مغاير لمعناه فی الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا فی العبارة فافهم- . ثم العموم فی العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع- لتكون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها لجواز كون نوع لا يقتضی بنوعه الضمان و إنما المقتضی له بعض أصنافه فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به

دون الفرد الفاسد من غير ذلک الصنف مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان لأنه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة غير المعوضة أو الإبراء فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا و لا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا فلا يضمن بفاسده و كذا الكلام فى الهبة المعوضة و كذا عارية الذهب و الفضة. نعم ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغى أن لا يضمن بفسادها و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير المشروط ضمانها. ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح ففى الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة إشكال كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط فهل تضمن بهذا الفاسد لأن صحيحة يضمن به و لو لأجل الشرط أم لا و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العارية المضمونة. و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقا تبعا لظاهر المسالک. و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل بناء على أنها هبة مشروطة لا معاوضة و ربما يحتمل فى العبارة أن يكون معناه أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد. و رتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا ـ أجرة كما اختاره الشهيدان- أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهى العلامة فى القواعد. و يضعف بأن الموضوع هو العقد الذى وجد له بالفعل صحيح و فاسد لا ما يفرض تارة صحيحا و أخرى فاسدا فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة الضمان فى مسألة البيع لأن البيع الصحيح يضمن به- . نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه- لا يجرى فى هذا الفرع لكن الكلام فى معنى القاعدة لا فى مدركها ثم إن لفظة الباء فى بصحيحه و بفاسده- إما بمعنى فى بأن يراد كلما تحقق الضمان فى صحيحة تحقق فى فاسده- . و إما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما فى السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى أن دركه عليه و يتداركه برد الثمن فتأمل و كذا الإجارة و النكاح و الخلع فإن المال فى ذلک كله مضمون على من انتقل

عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه. و أما العقد الفاسد فلا تكون علة تامة أبدا بل يفتقر فى ثبوت الضمان إلى القبض فقبله لا ضمان فجعل الفاسد سببا إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان و إما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض و لذا علل الضمان الشيخ و غيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه. و لا ـ ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه و الغرض من ذلک كله دفع ما يتوهم أن سبب الضمان فى الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح فى سببية الضمان و يقال كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. و قد ظهر من ذلک أيضا فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان فى الفاسد إلى القبض فلا بد من تخصيص القاعدة بإجماع و نحوه ثم إن المدرک لهذه الكلية- على ما ذكره فى المسالک فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان ثم أضاف إلى ذلک قوله ص: على اليد ما أخذت حتى تؤدى. و الظاهر أنه تبع فى استدلاله بالإقدام الشيخ فى المبسوط حيث علل الضمان فى موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل لأنهما إنما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلک الضمان الخاص و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعى تابع لدليله و ليس مما أقدم عليه المتعاقدان. و هذا كله مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع- إذا تلف فى يد المشترى- و كما إذا

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۳

قال بعتک بلا ثمن أو آجرتک بلا أجرة. نعم قوى الشهيدان فى الأخير عدم الضمان و استشكل العلامة فى مثال البيع فى باب السلم.

و بالجملة فدلیل الإقدام مع أنه مطلب یحتاج إلی دلیل لم نحصله منقوض طردا و عکسا و أما خبر الید فدلالته و إن کانت ظاهرة و سنده منجبرا إلاـ أن مورده مختص بالأعیان فلاـ یشمل المنافع و الأعمال المضمونة فی الإجارة الفاسدة- اللهم إلا أن یستدل علی الضمان فیها بما دل علی احترام مال المسلم و أنه لا یحل إلا عن طیب نفسه و أن حرمة ماله کحرمة دمه و أنه لا یصلح ذهاب حق أحد مضافا إلی أدلة نفی الضرر فکل عمل وقع من عامل لأحد بحیث یقع بأمره و تحصیلا لغرضه فلا بد من أداء عوضه لقاعدتی الاحترام و نفی الضرار. ثم إنه لا یبعد أن یکون مراد الشیخ و من تبعه من الاستدلال علی الضمان بالإقدام و الدخول علیه بیان أن العین و المنفعة- التین تسلمهما الشخص لم یتسلمهما مجانا و تبرعا حتی لاـ یقضی احترامهما بتدارکهما بالعوض کما فی العمل المتبرع به و العین المدفوعة مجانا أو أمانة فلیس دلیل الإقدام دلیلا مستقلا بل هو بیان لعدم المانع عن مقتضی الید فی الأموال و احترام الأعمال. نعم فی المسالک ذکر کلا من الأقدام و الید دلیلا مستقلا فیبقی علیه ما ذکر سابقا من النقض و الاعتراض. و یبقی الکلام حینئذ فی بعض الأعمال المضمونة التی لا یرجع نفعها إلی الضامن و لم یقع بأمره کالسبق فی المسابقة الفاسدة حیث حکم الشیخ و المحقق و غیرهما بعدم استحقاق السابق أجرة المثل خلافا لآخرین- و وجهه أن عمل العامل لم یعد نفعه إلی الآخر- و لم یقع بأمره أیضا. فاحترام الأموال التی منها الأعمال لا یقضی بضمان الشخص له و وجوب عوضه علیه لأنه لیس کالمستوفی له و لذا کانت شرعیته علی خلاف القاعدة حیث إنه بذل مال فی مقابل عمل لا ینفع الباذل و تمام الکلام فی بابه- ثم إنه لا فرق فیما ذکرنا من الضمان فی الفاسد- بین جهل الدافع بالفساد و بین علمه مع جهل القابض. و توهم أن الدافع فی هذه الصورة هو الذی سلطه علیه و المفروض أن القابض جاهل- . مدفوع بإطلاق النص و الفتوی و لیس الجاهل مغرورا لأنه أقدم علی الضمان قاصدا و تسلیط الدافع العالم لا یجعله أمانة مالکیة لأنه دفعه علی أنه ملک المدفوع إلیه لا أنه أمانة عنده أو عاریة و لذا لا یجوز له التصرف فیه و الانتفاع به و ستأتی تتمة ذلک فی مسألة بیع الغاصب مع علم المشتری. هذا کله فی أصل الکلیة المذکورة

و أما عکسها

و هو أن ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده فمعناه أن کل عقد لا یفید صحیحة ضمان مورده ففاسده لا یفید ضمانا کما فی عقد الرهن و الوکالة و المضاربة و العاریة غیر المضمونة بل المضمونة بناء علی أن المراد بإفادة الصحیح للضمان إفادته بنفسه- لا بأمر خارج عنه کالشرط الواقع فی متنه و غیر ذلک من العقود اللازمة و الجائزة- ثم إن مقتضی ذلک عدم ضمان العین المستأجرة فاسدا لأن صحیح الإجارة غیر مفید لضمانها کما صرح به فی القواعد و السرائر. و حکی عن التذکرة و إطلاق الباقی إلا أن صریح الریاض الحکم بالضمان و حکی فیها عن بعض نسبته إلی المفهوم من کلمات الأصحاب و الظاهر أن المحکی عنه- هو المحقق الأردبیلی فی مجمع الفائدة. و ما أبعد ما بینه و بین ما عن جامع المقاصد حیث قال فی باب الغصب إن الذی یلوح من کلامهم هو عدم ضمان العین المستأجرة فاسدا باستیفاء المنفعة و الذی ینساق إلیه النظر هو الضمان لأن التصرف فیها حرام لأنه غصب فیضمنه ثم قال إلا أن کون الإجارة الفاسدة لا یضمن بها کما لا یضمن بصحیحها مناف لذلک- فیقال إنه دخل علی عدم الضمان بهذا الاستیلاء و إن لم یکن مستحقا و الأصل براءة الذمة من الضمان فلا تکون العین بذلک مضمونة و لو لا ذلک لکان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استیلاءه بغیر حق و هو باطل انتهی. و لعل الحکم بالضمان فی المسألة- إما لخروجها عن قاعدة ما لا یضمن لأن المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد فی الإجارة المنفعة فالعین یرجع فی حکمها إلی القواعد- و حیث کانت فی صحیح الإجارة أمانة مأذونا فیها شرعا و من طرف المالک لم یکن فیه ضمان و أما فی فاسدها فدفع الموجر للعین إنما هو للبناء علی استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فیها و المفروض عدم الاستحقاق- فیده علیها ید عدوان موجبة للضمان و إما لأن قاعدة ما لا یضمن معارضة هنا بقاعدة الید- و الأقوی عدم الضمان. فالقاعدة المذکورة غیر مخصصة بالعین المستأجرة و لا متخصصة

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة فى موارد

منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل

بناء على فساد العارية فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع أن صحيح العارية لا يضمن به و لذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقديرى الصحة و الفساد إلا أن يقال إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته أن المستقر عليه قهرا بعد العارية هى القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف- بسبب وجوب الإتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التلف.

و يشكل اطراد القاعدة أيضا فى البيع فاسدا

بالنسبة إلى المنافع التى لم يستوفها فإن هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع أنها مضمونة فى العقد الفاسد إلا أن يقال إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح و الفاسد- . و فيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشىء فى العقد الصحيح- لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع و يمكن نقض القاعدة أيضا بحمل المبيع فاسدا على ما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة- و التحرير من كونه مضمونا على المشترى خلافا للشهيدين و المحقق الثانى و بعض آخر تبعا للعلامة فى القواعد مع أن الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح بناء على أنه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول فى البيع و حينئذ لا نقض على القاعدة و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان ثم إن مبنى هذه القضية السالبة- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط هى الأولوية و حاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده. و توضيحه أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفاسد الذى هو بمنزلة العدم لا يؤثر فى الضمان لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان و المفروض عدمه و إلا لضمن بصحيحه و إما من حكم الشارع بالضمان

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۴

بواسطة هذه المعاملة الفاسدة و المفروض أنها لا تؤثر شيئا. و وجه الأولوية أن الصحيح إذا كان مفيدا للضمان- أمكن أن يقال إن الضمان من مقتضيات الصحيح- فلا يجرى فى الفاسد لكونه لغوا غير مؤثر على ما سبق تقريبه من أنه أقدم على ضمان خاص- و الشارع لم يمضه فيرتفع أصل الضمان لكن يخدشها أنه يجوز أن تكون صحة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعا مؤثرة فى رفع الضمان- بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلطا لهما على العين فلا أولوية. فإن قلت إن الفاسد و إن لم يكن له دخل فى الضمان إلا- أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان- خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقى الباقى.

قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها و هى عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض- أو سلطه على الانتفاع به أو استأمنه منه عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقه- أو العمل فيه بلا أجرة أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن. أما فى غير التمليك بلا عوض أعنى الهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان- عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتهمه- . و أما فى الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان فإن استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له- اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد بالمجانية لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى أعنى المثل أو القيمة و لا جعلى فليس عليه ضمان.

الثانى من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد- وجوب رده فورا إلى المالك

و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه- على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح فى التذكرة كما عن جامع المقاصد أن مئونة الرد على المشترى لوجوب ما لا يتم إلا به و إطلاقه يشمل ما لو كان فى رده مئونة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفى الضرر. و يدل عليه أن الإمساك آنا ما تصرف فى مال الغير بغير إذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه: لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلا بإذنه و لو نوقش فى كون الإمساك تصرفا كفى عموم قوله ص: لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التى منها كونه فى يده. و أما توهم أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع بأنه إنما ملكه إياه عوضا- فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعا و المفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك و كونه مالا للمالك و أمانة فى يده أيضا مما لم يؤذن فيه و لو أذن له فهو استيداع جديد كما أنه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة هذا و لكن الذى يظهر من المبسوط عدم الإثم فى إمساكه معللا بأنه قبضه بإذنه مالكه و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب و هو ضعيف و النسبة غير ثابتة و لا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

الثالث أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة- استوفاها المشترى قبل الرد

كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم. و يدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه بناء على صدق المال على المنفعة و لذا يجعل ثمنا فى البيع و صداقا فى النكاح خلافا للوسيلة فنفى الضمان محتجا بأن الخراج بالضمان كما فى النبوى المرسل. و تفسيره أن من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخراجه له فالباء للسببية أو المقابلة- فالمشترى لما أقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقبيل البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجانا كان اللازم من ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد- كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضا. و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه إلى أن الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله فى مقام الاستشهاد على كونه منفعة المبيع فى زمان الخيار للمشترى أ لا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشترى و نحوه فى الرهن و غيره. و فيه أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه و إنما هو أمر قهرى حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذى بإزائه الخراج التزام الشيء على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له و ربما ينتقض ما ذكرناه- فى معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث إنه أقدم على ضمانها مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة و إنما تملك الانتفاع الذى عينه المالك فتأمل. و الحاصل أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها فى الوهن فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله إلا عن طيب النفس و ربما يرد هذا القول بما ورد فى شراء الجارية المسروقة- من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن بل عوض كلما انتفع. و فيه أن الكلام فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكى العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن لا ما كان فساده من جهة التصرف فى مال الغير و أضعف من ذلك رده بصحيحة أبى ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة ردا على أبى حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقا لقول أبى حنيفة فى إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهضت الصحيحة و ما قبلها ردا عليه هذا كله فى المنفعة المستوفاة و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمة- و لعله لكون المنافع أموالا فى يد من بيده العين فهى مقبوضة فى يده و لذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة فى ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن فى السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا و كذا الدار المجعول سكناها ثمنا مضافا إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم إذ كونه فى يد غير مالكه مدة طويلة من غير أجرة مناف للاحترام لكن يشكل الحكم- بعد

تسليم كون المنافع أموالا حقيقة بأن مجرد ذلك لا يكفى فى تحقق الضمان إلا أن يندرج فى عموم على اليد ما أخذت و لا إشكال فى عدم شمول صلة الموصول للمنافع و حصولها فى اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ و دعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الأعيان مشكلة. و أما احترام

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۵

مال المسلم فإنما يقتضى عدم حل التصرف فيه و إتلافه بلا عوض- و إنما يتحقق ذلك فى الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم مضافا إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده له و من المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشترى للمنفعة لأنها له مجانا و لا يتقسط الثمن عليها و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف فلا ينافى القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف مضافا إلى الأخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكتة عن ضمان غيرها فى مقام البيان.: و كذا صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه فقال ع: الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها و سكت عن المنافع الفائتة فإن عدم الضمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع- يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. و الإنصاف أن للتوقف فى المسألة كما فى المسالك تبعا للدروس و التنقيح مجالا و ربما يظهر من القواعد فى باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الإشكال و التوقف بصورة علم البائع على ما استظهر السيد العميد و المحقق الثانى من عبارة الكتاب. و عن الفخر حمل الإشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء فتحصل من ذلك كله أن الأقوال فى ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة الأول الضمان و كأنه للأكثر. الثانى عدم الضمان كما عن الإيضاح. الثالث الضمان إلا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع. الرابع التوقف فى هذه الصورة كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس التوقف مطلقا كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين. و قد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف إلا أن المحكى عن التذكرة ما لفظه أن منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا أو جارية أو ثوبا أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدة فى يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. و لا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة فتشمل يد المشترى فيما نحن فيه خصوصا مع غلبته و لا سيما مع جهل البائع به و أظهر منه ما فى السرائر فى آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا فى ارتفاع الإثم عن إمساكه انتهى. و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة و إن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبى ولاد- اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة إلا أنا لم نجد بذلك عاملا فى المغصوب الذى هو موردها.

الرابع – إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف

إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافى. و قد اختلفت كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى فالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و المحقق و تلميذه و العلامة و غيرهم قدس الله أرواحهم بل المشهور على ما حكى- أنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة و المراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار و لذا قيل فى توضيحه- إن المقدار منه إذا كان يساوى قيمة فنصفه يساوى نصف تلك القيمة. و من هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من النقدين قيميا قال إذ لو انفصل نقصت قيمته قلت و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا إذ لو انكسر نصفين نقصت قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع إلا أن يقال إن الدرهم مثلى بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح و لذا لا يعد الجريش مثلا للحنطة و لا الدقاقة مثلا للأرز. و من هنا يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف

من أصناف نوع واحد مثلى بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف- فلا يرد ما قيل من أنه إن أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرف إذ ما من مثلى إلا و أجزاؤه مختلفة فى القيمة كالحنطة فإن قفيزا من حنطة يساوى عشرة و من أخرى يساوى عشرين و إن أريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب و الأرض انتهى. و قد لوح هذا المورد فى آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا من أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل للأجزاء و متساويا فى القيمة لا بمعنى أن جميع أبعاض هذا النوع متساوية فى القيمة فإذا كان المضمون بعضا من صنف فالواجب دفع مساوية من هذا الصنف لا القيمة و لا بعض من صنف آخر. لكن الإنصاف أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه و إطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيدا إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها كما التزمه بعضهم. غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضا عن التالف- أو القرض و هذا أبعد- هذا مضافا إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا بأنه إن أريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا فإنه قل ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع لأن أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى فى القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها كما لا يخفى و إن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم تتساو حقيقة تحقق ذلك فى أكثر القيميات فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة فى الصفات الموجبة لتساوى القيمة و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها و لذا اختار العلامة فى باب القرض من التذكرة على ما حكى عنه أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون فى القرض بمثله. و قد عد الشيخ فى المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات مع أن كل نوع منهما مشتمل على أصناف متقاربة فى القيمة بل متساوية عرفا ثم لو فرض أن الصنف المتساوى من حيث القيمة فى الأنواع القيمية عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين فى حكمه الحكم بضمان المثلى

المكاسب، ج ۲، ص ۱۰۶

بالمثلى و القيمى بالقيمة ثم إنه قد عرف المثلى بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص. فعن التحرير أنه ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته و عن الدروس و الروضة البهية أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن المسالك و الكفاية أنه أقرب التعريفات إلى السلامة و عن غاية المراد ما تساوت أجزاؤه فى الحقيقة النوعية و عن بعض العامة أنه ما قدر بالكيل أو الوزن. و عن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلما- . و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض- . إلى غير ذلك مما حكاه فى التذكرة عن العامة. ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلى حقيقة شرعية و لا متشرعة و ليس المراد معناه اللغوى إذ المراد بالمثل لغة المماثل فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس و إن أريد من بعضها فغير مطرد و ليس فى النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم وقع هذا العنوان فى معقد إجماعهم على أن المثلى يضمن بالمثل و غيره بالقيمة و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين- و حينئذ فينبغى أن يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال فى ضمانه بالمثل للإجماع. و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين فإن صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميات- و ظاهر غيره كونهما مثليين و كذا الحديد و النحاس و الرصاص فإن ظواهر عبائر المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيمية. و عبارة التحرير صريحة فى كون أصولها مثلية و إن كان المصوغ منها قيميا. و قد صرح الشيخ فى المبسوط بكون الرطب و العنب قيميين و التمر و الزبيب مثليين و قال فى محكى المختلف إن فى الفرق إشكالا بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين. و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد أن الثوب مثلى و المشهور خلافه و أيضا فقد مثلوا للمثلى بالحنطة و الشعير و لم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف- و ما المعيار فى الصنف و كذا التمر و الحاصل أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة- فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذى يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة

و لا- يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك مضافا إلى عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشىء آخر و الأقوى تخيير المالك من أول الأمر لأصالة الاشتغال و التمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع. نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال و الإجماع على عدم تخيير المالك التخيير فى الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعنى تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع و بين تعيين القيمة كذلك فلا- متيقن فى البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح- فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فتأمل هذا و لكن يمكن أن يقال- إن القاعدة المستفاد من إطلاقات الضمان- فى المغصوبات و الأمانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية و الصفات ثم بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما- لأنهما أقرب من حيث المالية- لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص المشهور فيه على ذكر المضمون به بل كلها إلا ما شذ و ندر قد أطلق فيها الضمان فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله فى موارد البيان. و قد استدل فى المبسوط و الخلاف على ضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمة بقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثلى و القيمة فى غيره و اختصاص الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل و ربما يناقش فى الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به و فيه نظر. نعم الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليها- بالقول المشهور لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية فى الحقيقة و المالية- و هذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات سواء وجد المثل

فيها أم لا أما مع وجود المثل فيها كما لو أتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية من جميع الجهات فإن مقتضى العرف و الآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك و لو بأضعاف قيمته و دفعه إلى مالك الذراع المتلف مع أن القائل بقيمية الثوب لا يقول به- و كذا لو أتلف عليه عبدا و له فى ذمة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى كما يشهد به ملاحظ كلماتهم فى بيع عبد من عبدين. نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان فى الدروس و المسالك إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمية لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين لا من جهة ضمان القيمى بالمثل و لذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلا- لها من جميع الجهات. و أما مع عدم وجود المثل للقيمى التالف فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر كما لو تعذر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلى و لا يقولون به و أيضا فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالية- مع أن المشهور كما يظهر من بعض إلزامه به و إن قوى خلافه بعض بل ربما احتمل جواز دفع المثل و لو سقط المثل عن القيمة بالكلية و إن كان الحق خلافه- فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين- و لا يضمن به عند المشهور كما فى المثالين المتقدمين. و قد ينعكس الحكم كما فى المثال الثالث و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثلة ثم إن الإجماع على ضمان القيمى بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدى بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا ففى موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق و عموم الآية بناء على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصص بالمجمل مفهوما المردد بين الأقل و الأكثر

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۷

لا- يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك. فحاصل الكلام أن ما أجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التى يختلف فيها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافا إلى الخبر الوارد فى أن الثابت فى ذمة من اقترض دراهم و أسقطها السلطان و روج غيرها هى الدراهم الأولى و ما

أجمع على كونه قيميا يضمن بالقيمة بناء على ما سيجىء من الاتفاق على ذلك و إن وجد مثله- أو كان مثله فى ذمة الضامن و ما شك فى كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثلى مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع و التالف و مع الاختلاف الحق بالقيمى فتأمل.

الخامس ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل

ففى وجوب الشراء تردد انتهى. أقول كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل- بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر أنه لا إشكال فى وجوب الشراء و لا خلاف كما صرح به فى الخلاف حيث قال إذا غصب ماله مثل الحبوب و الأدهان فعليه مثل ما تلف فى يده يشتريه بأى ثمن كان بلا خلاف و فى المبسوط يشتريه بأى ثمن كان إجماعا انتهى. و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالية كالماء على الشاطئ و الثلج فى الشتاء و إما إن كانت لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكه بإزائه ضررا عرفا. فالظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد لأن الثمن فى الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل و إنما زاد على ثمن التالف يوم التلف فحينئذ يمكن التردد فى الصورة الثانية كما قيل من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة فى الكفارة و الهدى و أنه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة و هو ضرر و لكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحرير كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر فى الصورة الأولى ثم إنه لا فرق فى جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه فى مكان التلف أو غيره و لا بين كون قيمته فى مكان المطالبة أزيد من قيمته فى مكان التلف أم لا وفاقا لظاهر المحكى عن التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد. و فى السرائر أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب و هو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبة و أما مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسألة السادسة.

السادس لو تعذر المثل فى المثلى

اشارة

السادس لو تعذر المثل فى المثلى
فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك لأن منع المالك ظلم- و إلزام الضامن بالمثل منفى بالتعذر فوجبت القيمة جمعا بين الحقين مضافا إلى قوله تعالى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ فإن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى و أما مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة و حق الضامن لعدم تكليفه بالتعذر و المعسور أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل. و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة و الإيضاح حيث ذكرا فى رد بعض الاحتمالات الآتية فى حكم تعذر المثل ما لفظه أن المثل لا يسقط بالإعواز أ لا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة و إنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها انتهى. لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل و لعلهم يريدون صورة المطالبة و إلا فلا دليل على الإطلاق و يؤيد ما ذكرنا- أن المحكى عن الأكثر فى باب القرض أن المعتبر فى المثلى المتعذر قيمته يوم المطالبة. نعم عبر بعضهم بيوم الدفع فليتأمل و كيف كان فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول إن المشهور أن العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمته هو يوم الدفع لأن المثلى ثابت فى الذمة إلى ذلك الزمان و لا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. و قد صرح بما ذكرنا المحقق الثانى و

قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدل عليه- و يحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو للحلى فى البيع الفاسد و التحرير فى باب القرض و المحكى عن المسالك لأنه وقت الانتقال إلى القيمة و يضعفه أنه إن أريد بالانتقال- انقلاب ما فى الذمة إلى القيمة فى ذلك الوقت فلا دليل عليه و إن أريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمة إلا بالقيمة فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذر مع المطالبة إلا أنه لو أخر الإسقاط بقى المثل فى الذمة إلى تحقق الإسقاط و إسقاطه فى كل زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان و ليس فى الزمان الثانى مكلفا بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأول هذا و لكن لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسألة إلى ما تقدم سابقا من الآية و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل توجه القول بصيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل إذ لا فرق فى تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما فى القيميات- و بين طروه بعد التمكن كما فى ما نحن فيه. و دعوى اختصاص الآية و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم- ثم إن فى المسألة احتمالات أخر- ذكر أكثرها فى القواعد و قوى بعضها فى الإيضاح و بعضها بعض الشافعية و حاصل جميع الاحتمالات فى المسألة مع مبانيها أنه إما أن نقول باستقرار المثل فى الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذى اخترناه- تبعا للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض و ذكره فى القواعد خامس الاحتمالات و إما أن نقول بصيرورته قيميا عند الإعواز فإذا صار كذلك فإما أن نقول إن المثل المستقر فى الذمة قيمى فتكون القيمية صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجبت قيمته و إما أن نقول إن المغصوب انقلب قيميا بعد أن كان مثليا. فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار فى القيمى بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز كما صرح به فى السرائر فى البيع الفاسد و التحرير فى باب القرض لأنه يوم تلف القيمى و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۸

هو القول الآخر فى القيمى كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه أول أزمنة وجوب المثل فى الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه و هذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب كما عن الأكثر و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء فى الغصب كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز و ذكر هذا الوجه فى القواعد ثانى الاحتمالات. و إن قلنا إن التالف انقلب قيميا احتمل الاعتبار بيوم الغصب كما فى القيمى المغصوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف و ذكر هذا أول الاحتمالات فى القواعد. و إن قلنا إن المشترك بين العين و المثل صار قيميا جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان إما للعين و إما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف و هذا ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل- و وجهه فى محكى التذكرة و الإيضاح بأن المثل لا يسقط بالإعواز قالا أ لا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه- فالمصير إلى القيمة عند تغريمها و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. و حاصله أن وجوب دفع قيمة المثلى يعتبر من زمن وجوبها أو وجوب مبدلها أعنى العين فيجب أعلى القيم منهما فافهم. إذا عرفت هذا فاعلم أن المناسب لإطلاق كلامهم- لضمان المثل فى المثلى هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط و تفريغ الذمة و أما بناء على ما ذكرنا من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدما مع تيسره و مع تعذره ابتداء كما فى القيمى أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميا و هو حال الإعواز فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمنة صيرورة التالف قيميا لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين فعلى القول باعتبار يوم التلف فى القيمى توجه ما اختاره الحلى رحمه الله. و لو قلنا بضمان القيمى بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف- كما عليه جماعة من القدماء توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز إذ كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائها المتدارك لارتفاع القيم كذلك يشترط تعذر المثل فى المثلى إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية- و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها

كرد عينها فى إلغاء ارتفاع القيم فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل. فإن قلنا إن تعذر المثل يسقط المثل كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز و هو أصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية على ما قيل. و إن قلنا إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة و هو المحكى عن الإيضاح و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل. ثم اعلم أن العلامة ذكر فى عنوان هذه الاحتمالات أنه لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد وجود المثل فى بعض أزمنة التلف لا ما تعذر فيه المثل ابتداء. و عن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه فى وقت من الأوقات و يمكن أن يخدش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه فى الذمة ابتداء كما لا يشترط فى استقراره استدامة على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل فى باب القرض. و بالجملة فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطروء التعذر و إلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر إلا أن يقال إن أدلة وجوب المثل ظاهرة فى صورة التمكن و إن لم يكن مشروطا به عقلا فلا تعم صورة العجز. نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميا- و قد يقال على المحقق المذكور إن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة

لم يكن له المطالبة و لا أظن أحدا يلتزمه و فيه تأمل. ثم إن المحكى عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل أن لا يوجد فى البلد و ما حوله و زاد فى المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا فى الانقطاع المسلم فيه- . و عن جامع المقاصد الرجوع فيه إلى العرف و يمكن أن يقال- إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم أعيانا كانت أم فى الذمة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب رد العين أينما كانت و لو كانت فى تحصيلها مئونة كثيرة و لذا كان يجب تحصيل المثل بأى ثمن كان و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد- كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخص و هو المتعذر لأنه المجمع عليه. نعم ورد فى بعض أخبار السلم أنه إذا لم يقدر المسلم إليه- على إيفاء المسلم فيه تخير المشترى. و من المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه ثم إن فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا من حيث إن العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزة كالفاكهة فى أول زمانها أو آخره- أو وجود المتوسط الظاهر هو الأول لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد فى الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها فإن الراغب فى الجمد فى العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد

المكاسب، ج ۲، ص ۱۰۹

هذا الفرد من المثل لم يقدح فى صدق التعذر كما ذكرنا فى المسألة الخامسة. فكل موجود لا يقدح وجوده فى صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده فى التقويم عند عدمه ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان فى غير بلد الضمان و كانت قيمة المثل هناك أزيد و أما مع تعذره و كون قيمة المثل فى بلد التلف مخالفا لها فى بلد المطالبة فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف وجوه. و فصل الشيخ فى المبسوط فى باب الغصب بأنه إن لم يكن فى نقله مئونة فإن كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء أ كانت القيمتان مختلفتين أم لا- و إن كان فى نقله مئونة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا لأنه لا ضرر عليه فى ذلك و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد ثم قال إن الكلام فى

القرض کالکلام فی الغصب و حکی نحو هـذا عن القاضـی أیضا فتدبر. و یمکن أن یقال إن الحکم باعتبار بلد القرض أو السـلم علی القول به مع الإطلاق لانصـراف العقـد إلیه و لیس فی باب الضـمان ما یوجب هـذا الانصـراف- . بقی الکلام فی أنه هل یعد من تعذر المثـل خروجه عن القیمـۀ کالماء علی الشاطئ إذا تلفه فی مفازۀ و الجمـد فی الشـتاء إذا أتلفه فی الصـیف أم لا الأقوی بل المتعین هو الأول بل حکی عن بعض نسبته إلی الأصحاب و غیرهم. و المصرح به فی محکی التذکرۀ و الإیضاح و الدروس قیمۀ المثل فی تلک المفازۀ و یحتمل آخر مکان أو زمان سقط المثل فیه عن المالیۀ.

فرع – لو دفع القیمۀ فی المثلی المتعذر مثله ثم تمکن من المثل

فالظاهر عدم عود المثل فی ذمته وفاقا للعلامۀ رحمه الله- و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألۀ لأن المثل کان دینا فی الذمۀ سـقط بأداء عوضه مع التراضـی فلا یعود کما لو تراضـیا بعوضه مع وجوده هـذا علی المختار من عـدم سـقوط المثل عن الذمـۀ بالإعواز و أما علی القول بسقوطه و انقلابه قیمیا. فإن قلنا بأن المغصوب انقلب قیمیا عند تعذر مثله- فأولی بالسقوط لأن المدفوع نفس ما فی الذمۀ. و إن قلنا إن المثل بتعـذره النازل منزلۀ التلف صار قیمیا احتمل وجوب المثل عند وجوده لأن القیمۀ حینئذ بدل الحیلولۀ عن المثل و سـیأتی أن حکمه عود المبدل عند انتفاء الحیلولۀ.

السابع – لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا

اشارۀ

فقد حکی الاتفاق علی کونه مضـمونا بالقیمۀ و تدل علیه الأخبار المتفرقۀ فی کثیر من القیمیات فلا حاجۀ إلی التمسک بصحیحۀ أبی ولاـد الآتیـۀ فی ضـمان البغـل و لا بقوله ع: من أعتق شـقصا من عبـد قوم علیه بل الأخبار کثیرۀ بل قـد عرفت أن مقتضـی إطلاق أدلۀ الضـمان فی القیمیات هو ذلک بحسب المتعارف إلا أن المتیقن من هذا المتعارف ما کان المثل فیه متعذرا بل یمکن دعوی انصراف الإطلاقـات الواردۀ فی خصوص بعض القیمیـات کالبغـل و العبـد و نحوهمـا لصورۀ تعـذر المثل کما هو الغالب- فالمرجع فی وجوب القیمـۀ فی القیمی و إن فرض تیسـر المثل له کما فی من أتلف عبدا من شـخص باعه عبدا موصوفا بصـفات ذلک العبد بعینه و کما لو أتلف علیه ذراعا من مائه ذراع کرباس منسوج علی طریقۀ واحدۀ لا تفاوت فی أجزائه أصـلا هو الإجماع کما یسـتظهر. و علی تقدیره ففی شـموله لصورۀ تیسـر المثل من جمیع الجهات تأمل خصوصا مع الاسـتدلال علیه کما فی الخلاف و غیره بقوله تعالی فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ بناء علی أن القیمۀ مماثلۀ للتالف فی المالیۀ فإن ظاهر ذلک جعلها- من باب الأقرب إلی التالف بعد تعذر المثل و کیف کـان فقـد حکی الخلاف فی ذلک عن الإسـکافی. و عن الشـیخ و المحقق فی الخلاف و الشـرائع فی باب القرض فإن أرادوا ذلـک مطلقـا حتی مع تعـذر المثـل فتکون القیمـۀ عنـدهم بـدلا عن المثـل حتی یترتب علیه وجوب قیمـۀ یوم دفعها کما ذکروا ذلک احتمالا فی مسألـۀ تعین القیمـۀ متفرعا علی هذا القول فترده إطلاقات الروایات الکثیرۀ فی موارد کثیرۀ منها صـحیحۀ أبی ولاد الآتیۀ. و منها روایـۀ العبـد. و منها ما دل علی أنه إذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سـقط من ذمته بحساب ذلک فلو لا ضـمان التالف بالقیمـۀ لم یکن وجه لسـقوط الـدین بمجرد ضـمان التـالف. و منهـا غیر ذلک من الأخبار الکثیرۀ. و إن أرادوا أنه مع تیسـر المثل یجب المثل لم یکن بعیدا نظرا إلی ظاهر آیۀ الاعتداء و نفی الضـرر لأن خصوصیات الحقائق قد تقصد اللهم إلا أن یحقق إجماع علی خلافه و لو من جهـۀ أن ظـاهر کلمات هؤلاء إطلاق القول بضـمان المثل فیکون الفصل بین التیسـر و عـدمه قولا ثالثا فی المسألـۀ ثم إنهم اختلفوا فی تعین القیمـۀ فی المقبوض بـالبیع الفاسـد. فـالمحکی فی غایـۀ المراد عن الشـیخین و أتباعهمـا تعین قیمـۀ یوم التلف و عن الـدروس و الروضـۀ نسـبته إلی الأـکثر. و الوجه فیه علی مـا نبه علیه جماعـۀ منهم العلامـۀ فی التحریر أن الانتقال إلی البـدل إنما هو یوم التلف إذ

الواجب قبله هو رد العین و ربما یورد علیه- أن یوم التلف یوم الانتقال إلی القیمة أما کون المنتقل إلیها قیمة یوم التلف فلا و یدفع بأن معنی ضمان العین عند قبضه کونه فی عهدته و معنی ذلک وجوب تدارکه ببدله عند التلف حتی یکون عند التلف کأنه لم یتلف- و تدارکه ببدله علی هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه. و مما ذکرنا ظهر أن الأصل فی ضمان التالف ضمانه بقیمته یوم التلف فإن خرج المغصوب من ذلک مثلا فبدلیل خارج. نعم لو تم ما تقدم عن الحلی فی هذا المقام من دعوی الاتفاق علی کون المبیع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا فی ارتفاع الإثم ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فیه حکم مخالف لهذا الأصل بل یمکن أن یقال إذا ثبت فی المغصوب الاعتبار بقیمة یوم الغصب کما هو ظاهر صحیحة أبی ولاد الآتیة کشف ذلک عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قیمة یوم التلف إذ یلزم حینئذ أن یکون المغصوب عند کون قیمته یوم التلف أضعاف ما کانت یوم الغصب غیر واجب التدارک عند التلف لما ذکرنا من أن معنی التدارک الالتزام بقیمته یوم وجوب التدارک. نعم لو فرضت دلالة الصحیحة علی وجوب أعلی القیم أمکن جعل التزام الغاصب بالزائد علی مقتضی التدارک مؤاخذة له بأشق الأحوال.

فالمهم حینئذ صرف الکلام إلی معنی الصحیحة بعد ذکرها

لیلحق به البیع الفاسد إما لما ادعاه الحلی- و إما لکشف الصحیحة عن معنی التدارک و الغرامة فی المضمونات. و کون العبرة فی جمیعها بیوم الضمان کما هو أحد الأقوال فیما نحن فیه من البیع الفاسد

المکاسب، ج۲، ص ۱۱۰

و حیث إن الصحیحة مشتملة علی أحکام کثیرة و فوائد خطیرة فلا بأس بذکرها جمیعا- و إن کان الغرض متعلقا ببعضها. فروی الشیخ فی الصحیح عن ابن محبوب عن أبی ولاد قال: اکتریت بغلا إلی قصر بنی هبیرة- ذاهبا و جائیا بکذا و کذا و خرجت فی طلب غریم لی فلما صرت إلی قرب قنطرة الکوفة خبرت أن صاحبی توجه نحو النیل فتوجهت نحو النیل فلما أتیت النیل خبرت أنه توجه إلی بغداد فاتبعته فظفرت به و فرغت فیما بینی و بینه و رجعت إلی الکوفة و کان ذهابی و مجیء خمسة عشر یوما فأخبرت صاحب البغل بعذری و أردت أن أتحلل منه فیما صنعت و أرضیه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبی أن یقبل فتراضینا بأبی حنیفة و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لی ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعته سلیما قال نعم بعد خمسة عشر یوما قال فما ترید من الرجل قال أرید کری بغلی فقد حبسه علی خمسة عشر یوما فقال إنی ما أری لک حقا لأنه اکتراه إلی قصر بنی هبیرة فخالف فرکبه إلی النیل و إلی بغداد فضمن قیمة البغل و سقط الکری فلما رد البغل سلیما و قبضته لم یلزمه الکری قال فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل یسترجع فرحمت مما أفتی به أبو حنیفة و أعطیته شیئا و تحللت منه و حججت تلک السنة فأخبرت أبا عبد الله ع بما أفتی به أبو حنیفة فقال فی مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض برکاتها [قال فقلت لأبی عبد الله ع فما تری أنت جعلت فداک قال ع أری له علیک مثل کری البغل ذاهبا من الکوفة إلی النیل [و مثل کری البغل ذاهبا من النیل إلی بغداد و مثل کری البغل من بغداد إلی الکوفة و توفیه إیاه قال قلت جعلت فداک قد علفته بدراهم فلی علیه علفه قال لا لأنک غاصب فقلت أ رأیت لو عطب البغل أو نفق أ لیس کان یلزمنی- قال نعم قیمة بغل یوم خالفته قلت فإن أصاب البغل کسر أو دبر أو عقر فقال علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه قلت فمن یعرف ذلک قال أنت و هو إما یحلف هو علی القیمة فیلزمک فإن رد الیمین علیک فحلفت علی القیمة لزمک ذلک أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أن قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک قلت إنی أعطیته دراهم و رضی بها و حللنی قال إنما رضی فأحلک حین قضی علیه أبو حنیفة بالجور و الظلم و لکن ارجع إلیه و أخبره بما أفتیتک به فإن جعلک فی حل بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک إلخ و محل الاستشهاد فیها فقرتان الأولی قوله نعم قیمة بغل یوم خالفته إلی ما بعد فإن الظاهر أن الیوم قید للقیمة إما بإضافة القیمة المضافة إلی البغل إلیه- ثانیا یعنی قیمة یوم المخالفة للبغل فیکون إسقاط حرف التعریف من البغل للإضافة لا لأن ذا القیمة بغل غیر معین حتی توهم الروایة مذهب من جعل القیمی مضمونا بالمثل و القیمة إنما هی قیمة

المثل و إما بجعل اليوم قيدا للاختصاص- الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل و أما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله ع نعم القائم مقام قوله ع يلزمك يعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. و قد أطنب بعض فى جعل الفقرة ظاهرة فى تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه و لم يأت بشىء يساعده التركيب اللغوى و لا التفاهم العرفى. الثانية قوله أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة بناء على أنه يوم الاكتراء لأن الظاهر من صدر الرواية- أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة و من المعلوم أن اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج أو فى عصر اليوم السابق و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدة القليلة. و أما قوله ع فى جواب السؤال عن إصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده فالظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة إذ لا عبرة

فى أرش العيب بيوم الرد إجماعا- لأن النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين فالمعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و يحتمل أن يكون قيدا للعيب. و المراد العيب الموجود فى يوم الرد لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد فهو مضمون دون العيب القليل الحادث أولا لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد و العبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لأن المعيب لو رد إلى الصحة أو نقص- لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى- فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضا فتعين تعلقه بقوله ع عليك- . و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض فى الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل الغصب و يحتمل يوم حدوث العيب- الذى هو يوم تلف وصف الصحة الذى هو بمنزلة جزء العين فى باب الضمانات و المعاوضات و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له فى اعتبار يوم الغصب تعين حمل هذا أيضا على ذلك. نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدة خمسة عشر يوما و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك لأنه خسر المبلغ الذى اشترى به البغلة.

و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرواية بيوم الاكتراء فإن فيه إشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة إلا أن يقال إن الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس- و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين- فى مقابل قول السائل و من يعرف ذلك فتأمل. و يؤيده أيضا قوله ع فيما بعد فى جواب قول السائل و من يعرف ذلك قال أنت و هو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت له لزمه أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فيلزمك

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۱

فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك- مع كونه مخالفا للأصل ثم لا وجه لقبول بينته لأن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه. و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمة و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف- فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا و لا شك حينئذ أن القول قول المالك و يكون سماع البينة فى صورة اختلافهما فى قيمة البغل سابقا- مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف و فتكون الرواية قد تكلفت لحكم صورتين من صور تنازعهما. و يبقى

بعض الصور مثل دعوی المالک زیادة قیمة یوم التلف عن یوم المخالفة و لعل حکمها أعنی حلف الغاصب- یعلم من حکم عکسها المذکور فی الروایة و أما علی تقدیر کون العبرة فی القیمة بیوم المخالفة فلا بد من حمل الروایة علی ما إذا اتفقا علی قیمة الیوم السابق علی یوم المخالفة أو اللاحق له فادعی الغاصب نقصانه عن تلک یوم المخالفة و لا یخفی بعده و أبعد منه حمل النص علی التعبد و جعل الحکم مخصوصا فی الدابة المغصوبة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق علیها نصا و فتوی من کون البینة علی المدَّعی و الیمین علی من أنکر کما حکی عن الشیخ فی بابی الإجارة و الغصب- و أضعف من ذلک الاستشهاد بالروایة علی اعتبار أعلی القیم من حین الغصب إلی التلف کما حکی عن الشهید الثانی إذ لم یعلم لذلک وجه صحیح و لم أظفر بمن وجه دلالتها علی هذا المطلب. نعم استدلوا علی هذا القول بأن العین مضمونة فی جمیع تلک الأزمنة التی منها زمان ارتفاع قیمته و فیه أن ضمانها فی تلک الحال إن أرید به وجوب قیمة ذلک الزمان لو تلف فیه مسلم إذ تدارکه لا یکون إلا بذلک لکن المفروض أنها لم تتلف فیه و إن أرید به استقرار قیمة ذلک الزمان علیه فعلا و إن تنزلت بعد ذلک فهو مخالف لما تسالموا علیه من عدم ضمان ارتفاع القیمة مع رد العین و إن أرید استقرارها علیه بمجرد الارتفاع مراعی بالتلف فهو و إن لم یخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غیر دلیل شاغل عدا ما حکاه فی الریاض عن خاله العلامة قدس الله تعالی روحهما من قاعدة نفی الضرر الحاصل علی المالک و فیه نظر کما اعترف به بعض من تأخر. نعم یمکن توجیه الاستدلال المتقدم من کون العین مضمونة فی جمیع الأزمنة بأن العین إذا ارتفعت قیمتها فی زمان و صارت مالیتها مقومة بتلک القیمة فکما أنه إذا تلفت حینئذ یجب تدارکها بتلک القیمة فکذا إذا حیل بینها و بین المالک حتی تلفت إذ لا فرق مع عدم التمکن منها بین إن تتلف أو تبقی نعم لو ردت فتتدارک تلک المالیة بنفس العین و ارتفاع القیمة السوقیة أمر اعتباری لا یضمن بنفسه لعدم کونه مالا و إنما هو مقوم لمالیة المال و به تمایز الأموال کثرة و قلة. و الحاصل أن للعین فی کل زمان من أزمنة تفاوت قیمته مرتبة من المالیة أزیلت ید المالک منها و انقطعت سلطنته عنها فإن ردت العین فلا مال سواها یضمن- و إن تلفت استقرت علیا تلک المراتب لدخول الأدنی تحت الأعلی- نظیر ما لو فرض للعین منافع متفاوتة متضادة حیث إنه یضمن الأعلی منها- و لأجل ذلک استدل العلامة فی التحریر- للقول باعتبار یوم الغصب بقوله لأنه زمان إزالة ید المالک. و نقول فی توضیحه إن کل زمان من أزمنة الغصب قد أزیلت فیه ید المالک من العین علی حسب مالیته- ففی زمان أزیلت من مقدار درهم و فی آخر عن درهمین و فی ثالث عن ثلاثة فإذا استمرت الإزالة إلی زمان التلف وجبت غرامة أکثرها فتأمل. و استدل فی السرائر و غیرها علی هذا القول- بأصالة الاشتغال ذمته بحق المالک و لا تحصل البراءة إلا بالأعلی و قد یجاب بأن الأصل فی المقام البراءة حیث إن الشک فی التکلیف بالزائد. نعم لا بأس بالتمسک باستصحاب الضمان المستفاد من حدیث الید ثم إنه حکی عن المفید و القاضی و الحلبی الاعتبار بیوم البیع فیما کان فساده من جهة التفویض إلی حکم المشتری و لم یعلم له وجه و لعلهم یریدون به یوم القبض لغلبة اتحاد زمان البیع و القبض فافهم ثم إنه

لا عبرة بزیادة القیمة بعد التلف علی جمیع الأقوال إلا أنه تردد فیه فی الشرائع و لعله کما قیل- من جهة احتمال کون القیمی مضمونا بمثله و دفع القیمة إنما هو لإسقاط المثل- . و قد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوی ثم إن ما ذکرنا من الخلاف إنما هو فی ارتفاع القیمة بحسب الأزمنة و أما إذا کان بسبب الأمکنة کما إذا کان فی محل الضمان بعشرة و فی مکان التلف بعشرین و فی مکان المطالبة بثلاثین فالظاهر اعتبار محل التلف لأن مالیة الشیء تختلف بحسب الأماکن و تدارکه بحسب مالیته ثم إن جمیع ما ذکرنا من الخلاف- إنما هو فی ارتفاع القیمة السوقیة الناشئة من تفاوت رغبة الناس و أما إذا کان حاصلا من زیادة فی العین فالظاهر کما قیل عدم الخلاف فی ضمان أعلی القیم و فی الحقیقة لیست قیم التالف مختلفة و إنما زیادتها فی بعض أوقات الضمان لأجل الزیادة العینیة الحاصلة فیه- النازلة منزلة الجزء الفائت. نعم یجری الخلاف المتقدم فی قیمة هذه الزیادة الفائتة فإن العبرة بیوم فواتها أو یوم ضمانها أو أعلی القیم ثم إن فی حکم تلف العین فی جمیع ما ذکر من ضمان المثل أو القیمة حکم تعذر الوصول إلیها و إن لم تهلک کما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبقت لما دل علی الضمان بهذه الأمور فی باب الأمانات المضمونة. و هل یقید ذلک بما

إذا حصل اليأس من الوصول إليه- أو بعدم رجاء وجدانه أو يشمل ما لو علم وجدانه فی مدة طويلة يتضرر المالک من انتظارها أو و لو کانت قصيرة وجوه- . ظاهر أدلة ما ذکر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين- لکن ظاهر إطلاق الفتاوی الأخير کما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب فی السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلی قيمته إلی أن تبلغ الساحل. و يؤيده أن فيه جمعا بين

المکاسب، ج۲، ص ۱۱۲

الحقين بعد فرض رجوع القيمة إلی ملک الضامن عند التمکن من العين فإن تسلط الناس علی مالهم الذی فرض کونه فی عهدته يقتضی جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذر نفسه نظير ما تقدم فی تسلطه علی مطالبة القيمة للمثل المتعذر فی المثلی. نعم لو کان زمان التعذر قصيرا جدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارک علی أداء القيمة أشکل الحکم- ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتکليف- بل لو کان ممکنا بحيث يجب عليه السعی فی مقدماته لم تسقط القيمة زمان السعی لکن ظاهر کلمات بعضهم التعبير بالتعذر- و هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالک علی أزيد من إلزامه برد العين فتأمل و لعل المراد به التعذر فی الحال و إن کان لتوقفه علی مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمة ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس کثبوتها مع تلفها فی کون دفعها حقا للضامن فلا يجوز للمالک الامتناع بل له أن يمتنع من أخذها و يصبر إلی زوال العذر کما صرح به الشيخ فی المبسوط. و يدل عليه قاعدة تسلط الناس علی أموالهم و کما أن تعذر رد العين فی حکم التلف فکذا خروجه عن التقويم ثم إن المال المبذول يملکه المالک بلا خلاف کما فی المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهرهم إرادة نفی الخلاف بين المسلمين. و لعل الوجه فيه أن التدارک لا يتحقق إلا بذلک- و لو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة فی الملکية لاحتملنا أن يکون مباحا له إباحة مطلقة و إن لم يدخل فی ملکه نظير الإباحة المطلقة فی المعاطاة علی القول بها فيها و يکون دخوله فی ملکه مشروطا بتلف العين- . و حکی الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمی رحمه الله فی أجوبة مسائله و علی أی حال فلا تنتقل العين إلی الضامن فهی غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملکه و دخول العين فی ملکه و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض فالمبذول هنا کالمبذول مع تلف العين فی عدم البدل له. و قد استشکل فی ذلک المحقق و الشهيد الثانيان قال الأول فی محکی جامعه إن هنا إشکالا فإنه کيف تجب القيمة و يملکها الآخذ و تبقی العين علی ملکه و جعلها فی مقابلة الحيلولة لا يکاد يتضح معناه انتهی و قال الثانی إن هذا لا يخلو عن إشکال من حيث اجتماع العوض و المعوض علی ملک المالک من دون دليل واضح- و لو قيل بحصول الملک لکل منهما متزلزلا و توقف تملک المغصوب منه للبدل علی اليأس من العين و إن جاز له التصرف کان وجها فی المسألة انتهی و استحسنه فی محکی الکفاية

[الکلام فی بدل الحيلولة]

أقول الذی ينبغی أن يقال هنا إن معنی ضمان العين ذهابها من مال الضامن و لازم ذلک إقامة مقابلها من ماله مقامها- ليصدق ذهابها من کيسه ثم إن الذهاب إن کان علی وجه التلف الحقيقی أو العرفی المخرج للعين عن قابلية الملکية عرفا وجب قيام مقابلها من ماله مقامها فی الملکية و إن کان الذهاب بمعنی انقطاع سلطنته عنها و فوات الانتفاع به فی الوجوه التی بها قوام الملکية- وجب قيام مقابلها مقامها فی السلطنة لا فی الملکية ليکون مقابل و تدارکا للسلطنة الفائتة- فالتدارک لا يقتضی ملکية المتدارک فی هذه الصورة- . نعم لما کانت السلطنة المطلقة المتدارکة للسلطنة الفائتة متوقفة علی الملک لتوقف بعض التصرفات عليه وجب تملکه للمبذول تحقيقا لمعنی التدارک و الخروج عن العهدة و علی أی تقدير فلا ينبغی الإشکال فی بقاء العين المضمونة علی ملک مالکها- إنما الکلام فی البدل المبذول و لا کلام أيضا فی وجوب الحکم بالإباحة- و بالسلطنة المطلقة عليها و بعد ذلک فيرجع محصل الکلام حينئذ إلی أن إباحة جميع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک هل تستلزم الملک من حين الإباحة أو يکفی فيه

حصوله من حين التصرف و قد تقدم فی المعاطاة بيان ذلک ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقيق ملكية البدل- أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملک مالكها إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركا- أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارک لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل. و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ- لم يبعد انكشاف ذلک عن انتقال العين إلى الغارم و لذا استظهر غير واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذى وطئه يملكه لأنه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه فی بلد آخر لكن هذا لا يعد فواتا لما به قوام المالية هذا كله مع انقطاع السلطنة مع بقائها على مقدار ماليتها السابقة أما لو خرجت عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية- . فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملک المالک به لأن القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التى خرجت العين لفواتها عن التقويم لا عوض عن العين نفسها كما فی الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب فإن بقاءها على ملک مالكها لا ينافى معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات به فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالک و لو ببذل القيمة. قال فی القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و لو طلب المالک نزعها و إن أفضى إلى التلف وجب ثم يضمن الغاصب النقص و لو لم تبق لها قيمة غرم جميع القيمة انتهى و عطف على ذلک فی محكى جامع المقاصد قوله و لا يوجب ذلک خروجها عن ملک المالک كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمة أخذها و لم تدفع العين انتهى و عن المسالک فی هذه المسألة أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة و لا يخرج بذلک عن ملک مالكه كما سبق فيجمع بين العين و القيمة لكن عن مجمع البرهان فی هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزع بل قال يمكن أن لا يجوز و تتعين القيمة لكونه بمنزلة التلف- و حينئذ يمكن جواز الصلاة فی هذا الثوب المخيط إذ لا غصب فيه يجب رده كما قيل بجواز المسح- بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح انتهى. و استجوده بعض المعاصرين- ترجيحا لاقتضاء ملک المالک للقيمة خروج المضمون عن ملكه لصيرورته معوضا شرعا و فيه أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء و أدلة الضمان قد عرفت أن

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۳

محصلها يرجع إلى وجوب تدارک ما ذهب من المالک سواء أ كان الذاهب نفس العين كما فی التلف الحقيقى أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيتها و لا يخفى أن العين على التقدير الأول- خارجة عن الملكية عرفا. و على الثانى السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين و هذا معنى بدل الحيلولة. و على الثالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين فالمضمون فی الحقيقة هى تلک الأوصاف التى تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية كيف و لم تتلف هى و ليس لها على تقدير التلف أيضا عهدة مالية- بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال- بل لو استلزم ردها ضررا ماليا على الغاصب أمكن سقوطه فتأمل. و لعل ما عن المسالک من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج فتتعين القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالک بفساد الثوب المخيط أو البناء الداخلة فيه الخشبة كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلاحظ و حينئذ فلا ينافى ما تقدم سابقا من بقاء الخيط على ملک مالكه و إن وجب بذل قيمته ثم إن هنا قسما رابعا و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل المغصوب خمرا. فاستشكل فی القواعد وجوب ردها مع القيمة و لعله من استصحاب وجوب ردها و من أن الموضوع فی المستصحب ملک المالک إذ لم يجب إلا رده و لم يكن المالک إلا أولى به إلا أن يقال إن الموضوع فی الاستصحاب عرفى و لذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى و يؤيده أنه لو عادت خلا ردت إلى المالک بلا خلاف ظاهر ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أم للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة و لا يضمن منافعها فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلک. و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع و قواه فی المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. و فی موضع من جامع المقاصد

أنه موضع توقف- و فى موضع آخر رجح الوجوب-. ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف فى كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأنه مع التلف تتعين القيمة- و لذا ليس له الامتناع من أخذها بخلاف تعذر العين فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و تبقى العين فى عهدة الضامن فى هذه المدة فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف. و الحاصل أن قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة فى عهدة الضامن فلا عبرة بيوم التعذر و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى. ثم إنه لا إشكال فى أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا وجب ردها على مالكها كما صرح به فى جامع المقاصد فورا و إن كان فى إحضارها مئونة كما كان قبل التعذر لعموم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى و دفع البدل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى أنه لو تلفت لم تكن عليه قيمتها بعد ذلك- و استلزم ذلك على ما اخترناه من عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة. و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلى فلا يجوز استصحابه- بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه المغيى فى قوله ص:

على اليد ما أخذت المغيى بقوله: حتى تؤدى و هل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرو التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم أو أنها باقية على ملك مالك العين و تكون العين مضمونة بها لا بشىء آخر فى ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث فى العين إلا حكم تكليفى بوجوب رده. و أما الضمان و عهدة جديدة فلا وجهان أظهرهما الثانى لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمانا جديدا و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض غاية ما فى الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه و حينئذ فإن دفع العين فلا إشكال فى زوال ملكية المالك للغرامة. و توهم أن المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فى زمن التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف فى الغاية بل كان بدلا عن أصل السلطنة يعود بعودها فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه- أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز و لا يجب رد نمائه المنفصل و لو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولا إذ ما لم تتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإن الغرامة عوض عن السلطنة لا عوض عن قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل. نعم للمالك مطالبة عين ماله- لعموم: الناس مسلطون على أموالهم و ليس ما عنده من المال عوضا عن مطلق السلطنة- حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك و لذا لا تباح لغيره بمجرد بذل الغرامة. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره فى التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد. و عن السرائر الجزم بأن له ذلك- و لعله لأن القيمة عوض إما عن العين و إما عن السلطنة عليها و على أى تقدير فيتحقق التراد و حينئذ فلكل من صاحبى العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر- . و فيه أن العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة فالمالك مسلط عليها- و المعوض للغرامة هى السلطنة الفائتة التى هى فى معرض العود بالتراد اللهم إلا أن يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هى السلطنة الفائتة و الأقوى الأول- ثم لو قلنا

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۴

بجواز الحبس- لو حبسها فتلفت العين محبوسة فالظاهر أنه لا يجرى عليه حكم المغصوب لأنه حبسها بحق نعم يضمنها لأنه قبضها لمصلحة نفسه و الظاهر أنه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل فى كل مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. و ذكر العلامة فى القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة

الأولی و الظاهر أن مراده بقیمة الآن مقابل القیمة السابقة بناء علی زوال حکم الغصب عن العین لکونها محبوسة بغیر عدوان لا خصوص حین التلف و کلمات کثیر منهم لا- تخلو عن اضطراب ثم إن أکثر ما ذکرناه مذکور فی کلماتهم فی باب الغصب و لکن الظاهر أن أکثرها بل جمیعها فی حکم المغصوب من حیث کونه مضمونا إذ لیس فی الغصب خصوصیة زائدة. نعم ربما یفرق من جهة نص فی المغصوب مخالف لقاعدة الضمان کما احتمل فی الحکم بوجوب قیمة یوم الضمان من جهة صحیحة أبی ولاد أو أعلی القیم علی ما تقدم من الشهید الثانی دعوی دلالة الصحیحة علیه و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال فلم نعرف له مأخذا واضحا. و لنختم بذلک أحکام المبیع بالبیع الفاسد و إن بقی منه أحکام أخر أکثر مما ذکرنا- و لعل بعضها یجیء فی بیع الفضولی إن شاء الله تعالی

الکلام فی شروط المتعاقدین

[من جملة شرائط المتعاقدین البلوغ

مسألة المشهور کما عن الدروس و الکفایة بطلان عقد الصبی

اشارة

بل عن الغنیة الإجماع علیه و إن أجاز الولی. و فی کنز العرفان نسبه عدم صحة عقد الصبی إلی أصحابنا و ظاهرها إرادة التعمیم لصورة إذن الولی. و عن التذکرة أن الصغیر محجور علیه بالنص و الإجماع سواء أ کان ممیزا أم لا فی جمیع التصرفات إلا ما استثنی کعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبیره و وصیته و إیصال الهدیة و إذنه فی الدخول علی خلاف فی ذلک انتهی. و استثناء إیصال الهدیة و إذنه فی دخول الدار یکشف بفحواه عن شمول المستثنی منه لمطلق أفعاله لأن الإیصال و الإذن لیسا من التصرفات القولیة و الفعلیة و إنما هو فی الأول آلة فی إیصال الملک کما لو حملها علی حیوان و إرسالها و الثانی کاشف عن موضوع تعلق علیه إباحة الدخول و هو رضا المالک.

[الاستدلال علی البطلان بحدیث رفع القلم

و احتج علی الحکم فی الغنیة بقوله ص: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یفیق و عن النائم حتی یستیقظ و قد سبقه فی ذلک الشیخ فی المبسوط فی مسألة الإقرار و قال إن مقتضی رفع القلم أن لا یکون لکلامه حکم و نحوه الحلی فی السرائر فی مسألة عدم جواز وصیة البالغ عشرا و تبعهم فی الاستدلال به جماعة کالعلامة و غیره.

[الاستدلال بروایات عدم جواز أمر الصبی

اشارة

و استدلوا أیضا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر ع: إن الجاریة إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم و دفع إلیها مالها و جاز أمرها فی الشراء و الغلام لا یجوز أمره فی البیع و الشراء و لا یخرج عن الیتم حتی یبلغ خمس عشرة سنة إلی آخر الحدیث.

و فى روایهٔ ابن سنان: متى يجوز أمر اليتيم قال حتى يبلغ أشده قال ما أشده قال احتلامه و فى معناها روايات أخر

[المناقشهٔ فى دلالهٔ هذه الروايات]

لكن الإنصاف أن جواز الأمر فى هذه الروايات ظاهر فى استقلاله فى التصرف لأن الجواز مرادف للمضى فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازهٔ كما يقال بيع الفضولى غير ماض بل موقوف. و يشهد له الاستثناء فى بعض تلك الأخبار بقوله إلا أن يكون سفيها فلا دلالهٔ لها حينئذ على سلب عبارته و أنه إذا ساوم وليه متاعه و عين له قيمته و أمر الصبى لمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

[المناقشهٔ فى دلالهٔ حديث رفع القلم]

و أما حديث رفع القلم ففيه أولا أن الظاهر منه قلم المؤاخذهٔ لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا كالمشهور على شرعيهٔ عبادات الصبى. و ثانيا أن المشهور على الألسنهٔ أن الأحكام الوضعيهٔ ليست مختصهٔ بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء به بعد البلوغ أو على الولى إذا وقع بإذنه أو إجازته كما تكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمهٔ تمكينه من مس المصحف. و ثالثا لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعيهٔ بالبالغين لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ- موضوعا للأحكام المجعولهٔ فى حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. و بالجملهٔ فالتمسك بالروايهٔ ينافى ما اشتهر بينهم من شرعيهٔ عبادهٔ الصبى و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيهٔ بالبالغين

[ترديد بعضهم فى الصحهٔ و تصريح آخرين بها]

فالعمدهٔ فى سلب عبارهٔ الصبى هو الإجماع المحكى المعتضد بالشهرهٔ العظيمهٔ و إلا فالمسألهٔ محل إشكال و لذا تردد المحقق فى الشرائع فى إجازهٔ المميز بإذن الولى بعد ما جزم بالصحهٔ فى العاريهٔ و استشكل فيها فى القواعد و التحرير. و قال فى القواعد و فى صحهٔ بيع المميز بإذن الولى نظر بل عن الفخر فى شرحه أن الأقوى الصحهٔ مستدلا بأن العقد إذا وقع بإذن الولى كان كما لو صدر عنه و لكن لم أجده فيه و قواه المحقق الأردبيلى على ما حكى عنه و يظهر من التذكرهٔ عدم ثبوت الإجماع عنده حيث قال و هل يصح بيع المميز و شراؤه الوجه عندى أنه لا يصح. و اختار فى السرائر صحهٔ بيع الصبى فى مقام اختبار رشده. و ذكر المحقق الثانى أنه لا يبعد بناء المسألهٔ على أن أفعال الصبى و أقواله شرعيهٔ أم لا ثم حكم بأنها غير شرعيهٔ و أن الأصح بطلان العقد. و عن المختلف أنه حكى فى باب المزارعهٔ عن القاضى كلاما يدل على صحهٔ بيع الصبى و بالجملهٔ فالمسألهٔ لا تخلو عن إشكال و إن أطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه

[الحجهٔ فى المسألهٔ هى الشهرهٔ و الإجماع المحكى]

اشارهٔ

فالإنصاف أن الحجهٔ فى المسألهٔ هى الشهرهٔ المحققهٔ و الإجماع المحكى عن التذكرهٔ بناء على أن استثناء الإحرام الذى لا يجوز إلا بإذن الولى شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارهٔ لا نفى الاستقلال فى التصرف و كذا إجماع الغنيهٔ- بناء على أن

استدلاله بعد الإجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولى و ليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال إن الإجازة عند السيد غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولى و يؤيد الإجماعين ما تقدم عن كنز العرفان.

[المناقشة فى تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضى و غيرهم خصوصا المحقق الثانى الذى

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۵

بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى يدل على عدم تحقق الإجماع و كيف كان فالعمل على المشهور

[ما يستأنس به للبطلان الأخبار المستفيضة]

و يمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد فى الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبى و خطأه واحد كما فى صحيحة ابن مسلم و غيرها و الأصحاب و إن ذكروها فى باب الجنايات إلا أنه لا إشعار فى نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات و لذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر على أن إخلال الصبى المحرم بمحظورات الإحرام التى يختص حرمتها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى و لا على الولى لأن عمده خطأ. و حينئذ فكل حكم شرعى تعلق بالأفعال التى يعتبر فى ترتب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبى و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطى و إيقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم و هو ما عن قرب الإسناد بسند أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على ع أنه كان يقول: المجنون المعتوه الذى لا يفيق و الصبى الذى لم يبلغ عمدها خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم إلى آخر الحديث فإن ذكر رفع القلم فى الذيل ليس له وجه ارتباط إلا أن يكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة أو أن يكون معلولا لقوله عمدهما خطأ يعنى أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع و فى الواقع رفع القلم عنهما و لا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور فى الرواية أعنى عدم مؤاخذة الصبى و المجنون بمقتضى جناية العمد و هو القصاص و لا بمقتضى شبه العمد و هى الدية فى مالهما لا- يستقيم إلا- بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا من حيث العقوبة الأخروية و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية. و على هذا فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولى فلا أثر لهما فى إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ فإذا لم يلزمه شىء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولى فليس ذلك إلا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة إذن الولى و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده فى إنشاءاته و إخباراته مسلوب الأثر ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكى عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا- يخلو من بعد لكن هذا غير وارد على الاستدلال لأنه ليس مبنيا على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف فافهم و اغتنم. ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير.

[رأی المؤلف فی المسألة و دلیله]

و الحاصل أن مقتضـی ما تقدم من الإجماع المحکی فی البیع و غیره من العقود و الأخبار المتقدمة بعد انضـمام بعضها إلی بعض عدم الاعتبـار بمـا یصـدر من الصبی من الأفعال المعتبر فیها القصـد إلی مقتضاها کإنشاء العقود أصالـة و وکالـة و القبض و الإقباض و کل التزام علی نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إیجار.

[کلام العلامة فی عدم صحة تصرفات الصبی]

قال فی التـذکرة و کما لا یصح تصـرفاته اللفظیة کذا لا یصح قبضه و لا یفید حصول الملک فی الهبة و إن اتهب له الولی و لا لغیره و إن إذن الموهوب له بالقبض و لو قال مسـتحق الـدین للمـدیون سـلم حقی إلی الصبی فسـلم مقـدار حقه إلیه لم یبرأ عن الدین و بقی المقبوض علی ملکه و لا ضمان علی الصبی لأن المالک ضیعه حیث دفعه إلیه و بقی الدین لأنه فی الذمة و لا یتعین إلا بقبض صحیح کما لو قال ارم حقی فی البحر فرمی مقدار حقه بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالی إلی الصبی أو ألقه فی البحر لأنه امتثل أمره فی حقه المعین و لو کانت الودیعة للصبی فسـلمها إلیه ضـمن و إن کان بإذن الولی إذ لیس له تضـییعها بإذن الولی. و قال أیضا لو عرض الصبی دینارا علی الناقـد لینقـده أو متاعا إلی مقوم لیقومه فأخذه لم یجز له رده إلی الصبی بل علی ولیه إن کان فلو أمره الولی بالدفع إلیه فدفعه إلیه برأ من ضـمانه إن کان المال للولی و إن کان للصبی فلا کما لو أمره بإلقاء مال الصبی فی البحر فإنه یلزمه ضمانه و إذا تبـایع الصبیـان و تقابضـا و أتلف کـل واحـد منهمـا مـا قبضه فإن جری بإذن الولیین فالضـمان علیهما و إلا فلا ضـمان علیهما بل علی الصبیین و یأتی فی باب الحجر تمام الکلام و لو فتـح الصبی الباب و أذن فی الـدخول علی أهل الـدار أو أدخل الهدیة إلی إنسان عن إذن المهدی فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فیه انتهی کلامه رفع مقامه

[لا فرق فی معاملة الصبی بین الأشیاء الیسیرة و الخطیرة]

اشارة

ثم إنه ظهر ممـا ذکرنـا أنه لا فرق فی معاملـة الصبی بین أن تکون فی الأشـیاء الیسـیرة أو الخطیرة لما عرفت من عموم النص و الفتوی حتی أن العلامـة فی التـذکرة لمـا ذکر حکایـة أن أبا الـدرداء اشتری عصـفورا من صبی فأرسـله ردها بعـدم الثبوت و عـدم الحجیـة و توجیهه بما یخرجها عن محل الکلام

[تفصیل المحدث الکاشانی بین الأشیاء الیسیرة و الخطیرة و المناقشة فیه]

و به یظهر ضعف ما عن المحدث الکاشانی من أن الأظهر جواز بیعه و شرائه فیما جرت العادة به من الأشیاء الیسیرة دفعا للحرج انتهی. فإن الحرج ممنوع سواء أراد أن الحرج یلزم من منعهم عن المعاملـة فی المحقرات و التزام مباشـرة البالغین لشـرائها أم أراد أنه یلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس علی نصب الصبیان للبیع و الشـراء فی الأشـیاء الحقیرة ثم إن أراد استقلاله فی البیع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولی لیکون حاصـله أنه غیر محجور علیه فی الأشـیاء الیسـیرة فالظاهر کونه مخالفا للإجماع. و أما ما ورد فی روایة السـکونی عن أبی عبـد الله ع قال: و نهی النبی ص عن کسب الغلام الصـغیر الـذی لا یحسن صـناعة بیـده معللا بأنه إن لم یجد سـرق

فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولى أو الصبى بغير إذن الولى أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الأمر أجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبى لكن

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۶

يستحب للولى و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبى فيها لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالى بالمحرمات و كيف كان فالقول المذكور فى غاية الضعف. نعم ربما صحح سيد مشايخنا فى الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبى بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك و فيه إشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة فى الدين كما فى كثير من سيرهم الفاسدة و يؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم و لا بينهم و بين المجانين و لا بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولى أصلا و بين معاملاتهم لأوليائهم على سبيل الألية مع أن هذا مما لا ينبغى الشك فى فسادها خصوصا الأخير مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول فإن الذى جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبى ماهر فطن فيه بحيث لا يغلب فى المساومة عليه فيكلون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس و إلى من بلغ ثمانى سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكلون إليه أمور التجارة فى الأسواق و البلدان و لا يفرقون بينه و بين من أكمل خمس عشر سنة و لا يكلون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب و لا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل و كيف كان فالظاهر أن هذا القول أيضا مخالف لما يظهر منهم. و قد عرفت حكم العلامة فى التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبى إذا دفعه إلى الناقد لينقده أو المتاع الذى دفعه إلى المقوم ليقومه مع كونه غالبا فى هذه المقامات بمنزلة الآلة للولى و كذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولى مع أنه بمنزلة الآلة فى ذلك غالبا.

[دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبى الإباحة لو كان مأذونا و المناقشة فيه

و قال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبى أصالة و وكالة ما لفظه نعم ثبت الإباحة فى معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رءوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصا فى المحقرات ثم قال و لو قيل بتملك لأخذ منهم لدلالة مأذونيته فى جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى. أما التصرف و المعاملة بإذن الأولياء سواء أ كان على وجه البيع أم المعاطاة فهو الذى قد عرفت أنه خلاف المشهور و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاة لأنها تصرف لا محالة و إن لم تكن بيعا و لا معاوضة و إن أراد بذلك أن إذن الولى و رضاه المنكشف بمعاملة الصبى هو المفيد للإباحة لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم فى إذن الولى فى أعاره الصبى. فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته و هو أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفقت و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا فى المعاوضات و كان الغالب فى الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبى تعيين القيمة و الاختلاف الذى يتسامح به فى العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبى من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار و فى إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه و قد استند فيه فى التذكرة إلى تسامح السلف. و بالجملة فالاعتماد فى الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ و الإعطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبى و معاملته من حيث إنه كذلك و كثيرا ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذى يد أصلا مع شهادة الحال بذلك كما فى دخول الحمام و وضع الأجرة عوض الماء التالف فى الصندوق و كما فى أخذ الخضراوات الموضوعة للبيع و شرب ماء السقاءين و وضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعد لهما و غير ذلك من الأمور التى جرت العادة بها كما يعتمد على مثل

ذلک فی غیر المعاوضات من أنواع التصرفات فالتحقیق أن هذا لیس مستثنی من کلام الأصحاب و لا منافیا له و لا یعتمد علی ذلک أیضا فی مقام الدعوی و لا فیما إذا طالب المالک بحقه و أظهر عدم الرضا انتهی. و حاصله أن مناط الإباحة و مدارها فی المعاطاة لیس علی وجود تعاط قائم بشخصین أو بشخص منزل منزلة شخصین بل علی تحقق الرضا من کل منهما بتصرف صاحبه فی ماله حتی لو فرضنا أنه حصل مال کل منهما عند صاحبه باتفاق کإطارة الریح و نحوها فتراضیا علی التصرف بإخبار صبی أو بغیره من الأمارات کالکتابة و نحوها کان هذا معاطاة أیضا و لذا یکون وصول الهدیة إلی المهدی إلیه علی ید الطفل الکاشف إیصاله عن رضا المهدی بالتصرف بل التملک کافیا فی إباحة الهدیة بل فی تملکها. و فیه أن ذلک حسن إلا أنه موقوف أولا علی ثبوت حکم المعاطاة من دون إنشاء إباحة أو تملیک و أنه یکتفی فیها بمجرد الرضا. و دعوی حصول الإنشاء بدفع الولی المال إلی الصبی مدفوعة بأنه إنشاء إباحة لشخص غیر معلوم و مثله غیر معلوم الدخول فی حکم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها و به یفرق بین ما نحن فیه. و مسألة إیصال الهدیة بید الطفل فإنه یمکن فیه دعوی کون دفعها إلیه للإیصال إباحة أو تملیکا کما ذکر أن إذن الولی للصبی فی الإعارة إذن فی انتفاع المستعیر و أما دخول الحمام و شرب الماء و وضع الأجرة و القیمة فلو حکم بصحتهما بناء علی ما ذکرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالیة عن الإنشاء انحصرت صحة وساطة الصبی بما یکتفی فیه مجرد وصول العوضین دون ما لا یکتفی فیه. و الحاصل أن دفع الصبی و قبضه بحکم العدم فکل ما یکتفی فیه بوصول کل من العوضین إلی صاحب الآخر بأی وجه اتفق فلا تضر فیه مباشرة الصبی لمقدمات الوصول ثم إن ما ذکر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبی ولیا کان أو غیره. و أما ما ذکره کاشف الغطاء أخیرا من صیرورة الشخص موجبا و قابلا ففیه أولا أن تولی وظیفة الغائب و هو من أذن للصغیر إن کان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه و إن کان بمجرد العلم برضاه فالاکتفاء به فی الخروج عن

موضوع الفضولی مشکل بل ممنوع. و ثانیا أن المحسوس بالوجدان عدم قصد من یعامل مع الأطفال النیابة عمن أذن للصبی

المکاسب، ج۲، ص ۱۱۷

ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذکروه من الألیة بالصبی و لا بالأشیاء الحقیرة بل هو جار فی المجنون و السکران بل البهائم و فی الأمور الخطیرة إذ المعاملة إذا کانت فی الحقیقة بین الکبار و کان الصغیر آلة فلا فرق فی الألیة بینه و بین غیره. نعم من تمسک فی ذلک بالسیرة من غیر أن یتجشم لإدخال ذلک تحت القاعدة فله تخصیص ذلک بالصبی لأنه المتیقن من موردها کما أن ذلک مختص بالمحقرات.

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدین قصدهما لمدلول العقد الذی یتلفظان به

اشارة

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدین قصدهما لمدلول العقد الذی یتلفظان به

- و اشتراط القصد بهذا المعنی فی صحة العقد بل فی تحقق مفهومه مما لا خلاف فیه و لا إشکال فلا یقع من دون قصد إلی اللفظ کما فی الغالط أو إلی المعنی کما فی الهازل لا بمعنی عدم استعمال اللفظ فیه بل بمعنی عدم تعلق إرادته به و إن أوجد مدلوله بالإنشاء کما فی الأمر الصوری فهو شبیه الکذب فی الأخبار أو قصد معنی یغایر مدلول العقد بأن قصد الأخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنی غیر البیع مجازا أو غلطا فلا یقع البیع لعدم القصد إلیه و لا المقصود إذا اشترطت فیه عبارة خاصة ثم إنه ربما یقال بعدم تحقق القصد فی عقد الفضولی و المکره کما صرح به فی المسالک حیث قال إنهما قاصدان إلی اللفظ دون مدلوله. و فیه أنه لا دلیل علی. اشتراط أزید من القصد المتحقق فی صدق مفهوم العقد مضافا إلی ما سیجیء فی أدلة الفضولی و أما معنی ما فی المسالک فسیأتی فی اشتراط الاختیار.

[كلام صاحب المقابس فی اعتبار تعیین المالكین

اشارة

و اعلم أنه ذكر بعض المحققین ممن عاصرناه كلاما فی هذا المقام فی أنه هل یعتبر تعیین المالكین الذین یتحقق النقل أو الانتقال بالنسبة إلیهما أم لا. و ذكر أن فی المسألة أوجها و أقوالا و أن المسألة فی غایة الإشكال و أنه قد اضطربت فیها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم فی تضاعیف أبواب الفقه ثم قال و تحقیق المسألة أنه إن توقف تعین المالك علی التعیین حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعیینه فی النیة أو مع التلفظ به أیضا كبیع الوكیل و الولی العاقد عن اثنین فی بیع واحد أو الوكیل عنهما و الولی علیهما فی البیوع المتعددة فیجب أن یعین من یقع له البیع أو الشراء من نفسه أو غیره و أن یمیز البائع من المشتری إذا أمكن الوصفان فی كل منهما فإذا عین جهة خاصة تعینت و إن أطلق فإن كانت هناك جهة ینصرف إلیها الإطلاق كان كالتعیین كما لو دار الأمر بین نفسه و غیره إذا لم یقصد الإبهام أو التعیین بعد العقد و إلا وقع لاغیا و هذا جار فی سائر العقود من النكاح و غیره. و الدلیل علی اشتراط التعیین و لزوم متابعته فی هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معین فی نفس الأمر و أن لا یحصل الجزم بشیء من العقود التی لم یتعین فیه العوضان و لا بشیء من الأحكام و الآثار المترتبة علی ذلك و فساد ذلك ظاهر و لا دلیل علی تأثیر التعیین المتعقب و لا علی صحة العقد المبهم لانصراف الأدلة إلی ما هو الشائع المعروف من الشریعة و العادة فوجب الحكم بعدمه و علی هذا فلو اشتری الفضولی لغیره فی الذمة فإن عین ذلك الغیر تعین و وقف علی إجازته سواء تلفظ بذلك أم نواه و إن أبهم مع قصد الغیر بطل و لا یتوقف إلی أن یوجد له مجیز إلی أن قال و إن لم یتوقف تعین المالك علی التعیین حال العقد بأن یكون العوضان معینین و لا یقع العقد فیهما علی وجه یصح إلا لمالكهما. ففی وجوب التعیین أو الإطلاق المنصرف إلیه أو عدمه مطلقا أو التفصیل بین التصریح بالخلاف فیبطل و عدمه فیصح أوجه أقواها الأخیر و أوسطها الوسط و أشبهها للأصول الأول و فی حكم التعیین ما إذا عین المال بكونه فی ذمة زید مثلا و علی الأوسط لو باع مال نفسه عن الغیر- وقع عنه و لغا قصد كونه عن الغیر و لو باع مال زید عن عمرو فإن كان وكیلا عن زید صح عنه و إلا وقف علی إجازته و لو اشتری لنفسه بمال فی ذمة زید فإن لم یكن وكیلا عن زید وقع له و تعلق المال بذمته لا عن زید لیقف علی إجازته و إن كان وكیلا فالمقتضی لكل من العقدین منفردا موجود و الجمع بینهما یقتضی إلغاء أحدهما و لما لم یتعین احتمل البطلان للتدافع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجیح جانب الأصالة. و عن الموكل لتعین العوض فی ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغوا كما فی المعین و لو اشتری عن زید بشیء فی ذمته فضولا و لم یجز فأجاز عمرو و لم یصح عن أحدهما. و قس علی ما ذكر حال ما یرد من هذا الباب و لا فرق علی الأوسط فی الأحكام المذكورة بین النیة المخالفة و التسمیة و یفرق بینهما علی الأخیر و یبطل الجمیع علی الأول انتهی كلامه.

[المناقشة فیما أفاده صاحب المقابس

أقول مقتضی المعاوضة و المبادلة- دخول كل من العوضین فی ملك مالك الآخر و إلا لم یكن كل منهما عوضا و بدلا و علی هذا فالقصد إلی العوض و تعیینه یغنی عن تعیین المالك إلا أن ملكیة العوض و ترتب آثار الملك علیه قد یتوقف علی تعیین المالك فإن من الأعواض ما یكون متشخصا بنفسه فی الخارج كالأعیان. و منها ما لا یتشخص إلا بإضافته إلی مالك كما فی الذمم لأن ملكیة الكلی لا تكون إلا مضافة إلی ذمة و إجراء أحكام الملك علی ما فی ذمة الواحد المردد بین شخصین فصاعدا غیر معهود. فتعین الشخص فی الكلی إنما یحتاج إلیه لتوقف اعتبار ملكیة ما فی الذمم علی تعیین صاحب الذمة. فصح علی ما ذكرنا أن تعیین المالك مطلقا غیر معتبر سواء فی العوض المعین أم فی الكلی و أن اعتبار التعیین فیما ذكره من الأمثلة فی الشق الأول من تفصیله إنما هو

لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه لا ـ لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا فإن من اشترى لغيره فى الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا لأن ما فى الذمة ما لم يضف إلى شخص معين لم تترتب عليه أحكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا و كذا الوكيل أو الولى العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين فى الذمة بأن قال بعت عبدا بألف ثم قال قبلت فلا يصير العبد قابلا للبيع و لا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين فيقول بعت عبدا من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشترى. و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود إذا كان هى المعاوضة الحقيقية التى قد عرفت أن من لوازمها العقلية دخول العوض فى ملك مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضية و البدلية فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما أو إليهما العوضان و إذا لم تقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد فإن

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۸

جعل [من العوض من عين مال غير المخاطب الذى ملكه المعوض فقال ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه و فى وقوعه اشتراء فضوليا لعمرو كلام يأتى- . و أما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويته و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجىء و لا يقع عن نفسه أبدا. نعم لو ملكه فأجاز قيل بوقوعه له لكن لا ـ من حيث إيقاعه أولا ـ لنفسه فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما و وجوده كعدمه إلا أن يقال إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية- أو على تنزيل الغير منزلة نفسه فى مالكية المبيع- كما سيأتى أن المعاوضة الحقيقية فى بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه و حينئذ يحكم ببطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقى. و من هنا ذكر العلامة و غيره فى عكس المثال المذكور أنه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل و كذا لو دفع مالا إلى من يطلب الطعام و قال اشتر به لنفسك طعاما هذا و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة- و لغوية القصد المذكور لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير لا جعله أحد ركنى المعاوضة و أما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرهن و اشتراء الطعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب لا ـ أن المخاطب إذا قال بعته لنفسى أو اشتريته لنفسى لم يقع لمالكه إذا أجازه و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولى و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك

[هل يعتبر تعيين الموجب للمشترى و القابل للبائع

ثم إن ما ذكرناه كله حكم وجوب تعيين كل من البائع و المشترى من يبيع له و من يشترى له. و أما تعيين الموجب لخصوص المشترى المخاطب و تعيين القابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما فى غالب البيوع و الإجارات فحينئذ يراد من ضمير المخاطب فى قوله ملكتك كذا أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا كالمشترى الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره إلا إذا علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما فى النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية و الأقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية و تبعية العقود للقصود و على فرض القول الثانى فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا ـ يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال فى التذكرة لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد و هذا الإشكال و إن كان ضعيفا مخالفا للإجماع و السيرة إلا أنه مبنى على ما ذكرناه من مراعاة ظاهر الكلام. و قد يقال فى الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح إن الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما فلا

بـد من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمر واحد و لأن معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع و المشترى يطلق على المالـك و وكيله و معنى قولهـا زوجتـك نفسـى رضاهـا بكونه زوجا و الزوج لا يطلق على الوكيل انتهى. و يرد على الوجه الأول من وجهى الفرق أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم وجوبه فى البيع مع أن الظاهر أن ما ذكرناه من الوقف و إخوته كالنكاح فى عـدم جواز قصـد القابل القبول فيها على وجه النيابـة أو الفضولى فلا بـد من وجه مطرد فى الكـل. و على الوجه الثـانى أن معنى بعتـك فى لغـة العرب كمـا نص عليه فخر المحققين و غيره هو ملكتـك بعوض و معناه جعل المخـاطب مالكـا و من المعلوم أن المالـك لا يصـدق على الولى و الوكيل و الفضولى. فالأولى فى الفرق ما ذكرناه من أن الغالب فى البيع و الإجـارة هو قصـد المخـاطب لاـ من حيث هو بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالـة أو عن الغير و لا ينافى ذلك عـدم سـماع قول المشترى فى دعوى كونه غير أصيـل فتأمل بخلاف النكاح و ما أشبهه فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد بل ربما يستشكل فى صحة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصل كما لو قال زوجتك مريدا له باعتبار كونه وكيلا عن الزوج و كـذا قوله وقفت عليك و أوصـيت لك و وكلتك و لعل الوجه عـدم تعارف صـدق هذه العنوانات على الوكيل فيها فلا يقال للوكيـل الزوج و لا الموقوف عليه و لا الموصـى له و لا الموكل بخلاف البائع و المسـتأجر فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقا و اعترضنا عليه.

مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار

[المراد من الاختيار]

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس لا الاختيار فى مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ص:
لا يحل مال امرأ مسـلم إلا عن طيب نفسه و قوله ص فى الخبر المتفق عليه بين المسـلمين: رفع أو وضع عن أمتى تسعة أشياء أو ستة و منهـا مـا أكرهـوا عليه. و ظـاهره و إن كـان رفع المؤاخـذة إلاـ أن استشـهاد الإمـام ع به فى رفع بعض الأحكـام الوضـعية يشـهد لعموم المؤاخـذة فيه لمطلق الإلـزام عليه بشـيء. ففى صـحيحة البزنطى عن أبى الحسن ع: فى الرجـل يسـتكره على اليمين فيحلف بالطلاـق و العتـاق و صدقـة مـا يملـك أ يلزمه ذلـك فقـال ع لاـ قـال رسول الله ص وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطئوا. و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا إلا أن مجرد استشهاد الإمام ع فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع مـا أكرهوا عليه يـدل على أن المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخـذة و العقاب الأخروى هـذا كله مضافا إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره بضـميمة عـدم الفرق ثم إنه يظهر من جماعـة منهم الشـهيدان أن المكره قاصـد إلى اللفظ غير قاصـد إلى مدلوله بل يظهر

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۹

ذلـك من بعض كلمـات العلامـة و ليس مرادهم أنه لا قصـد له إلا إلى مجرد التكلم كيف و الهازل الـذى هو دونه فى القصـد قاصـد للمعنى قصدا صوريا. و الخالى عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعانى.

[المراد من قولهم: المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله

فالمراد بعدم قصد المکره عدم القصد إلی وقوع مضمون العقد فی الخارج و أن الداعی له إلی الإنشاء لیس قصد وقوع مضمونه فی الخارج لا أن کلامه الإنشائی مجرد عن المدلول کیف و هو معلول الکلام الإنشائی إذا کان مستعملا غیر مهمل و هذا الذی ذکرنا لا یکاد یخفی علی من له أدنی تأمل فی معنی الإکراه لغة و عرفا و أدنی تتبع فیما ذکره الأصحاب فی فروع الإکراه التی لا تستقیم مع ما توهمه من خلو المکره عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلا للقصد. و حکمهم بعدم وجوب التوریة- فی التفصی عن الإکراه و صحة بیعه بعد الرضا و استدلالهم له بالأخبار الواردة فی طلاق المکره و أنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حیث إن المنفی صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة و عرفا و فیما ورد فیمن طلق مداراة بأهله إلی غیر ذلک. و فی أن مخالفة بعض العامة فی وقوع الطلاق إکراها لا ینبغی أن یحمل علی الکلام المجرد عن قصد المفهوم الذی لا یسمی خبرا و لا إنشاء و غیر ذلک مما یوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود فی المکره هو القصد إلی وقوع أثر العقد و مضمونه فی الواقع و عدم طیب النفس به لا عدم إرادة المعنی من الکلام و یکفی فی ذلک ما ذکره الشهید الثانی من أن المکره و الفضولی قاصدان إلی اللفظ دون مدلوله. نعم ذکر فی التحریر و المسالک فی فروع المسألة ما یوهم ذلک. قال فی التحریر لو أکره علی الطلاق فطلق ناویا فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إکراه علی القصد انتهی. و بعض المعاصرین بنی هذا الفرع علی تفسیر القصد بما ذکرناه من متوهم کلامهم فرد علیهم بفساد المبنی و عدم وقوع الطلاق فی الفرض المزبور و لکن المتأمل یقطع بعدم إرادتهم لذلک و سیأتی ما یمکن توجیه الفرع المزبور به

[حقیقة الإکراه لغة و عرفا]

ثم إن حقیقة الإکراه لغة و عرفا حمل الغیر علی ما یکرهه و یعتبر فی وقوع الفعل من ذلک الحمل اقترانه بتوعد منه مظنون الترتب علی ترک ذلک الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقة نفسا أو عرضا أو مالا فظهر من ذلک أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب علی ترکه لا یدخله فی المکره علیه کیف و الأفعال الصادرة من العقلاء کلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر و لیس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص یوجب صدق المکره علیه فإن من أکره علی دفع مال و توقف علی بیع بعض أمواله فالبیع الواقع منه لبعض أمواله و إن کان لدفع الضرر المتوعد به علی عدم دفع ذلک المال و لذا یرتفع التحریم عنه لو فرضت حرمته علیه لحلف أو شبهه لیس مکرها.

[المعیار فی صدق الإکراه]

فالمعیار فی وقوع الفعل مکرها علیه سقوط الفاعل من أجل الإکراه المقترن بإیعاد الضرر عن الاستقلال فی التصرف بحیث لا تطیب نفسه بما یصدر منه و لا یتعمد إلیه عن رضا و إن کان یختاره لاستقلال العقل بوجوب اختیاره دفعا للضرر أو ترجیحا لأقل الضرری ن إلا أن هذا المقدار لا یوجب طیب نفسه به فإن النفس مجبولة علی کراهة ما یحمله غیره علیه مع الإیعاد علیه بما یشق تحمله. و الحاصل أن الفاعل و إن یفعل لدفع الضرر لکنه مستقل فی فعله و مخلی و طبعه فیه بحیث تطیب نفسه بفعله و إن کان من باب علاج الضرر و قد یفعل لدفع ضرر إیعاد الغیر علی ترکه و هذا مما لا تطیب النفس به و ذلک معلوم بالوجدان

[هل یعتبر عدم إمکان التفصی عن الضرر بما لا ضرر فیه

ثم إنه هل یعتبر فی موضوع الإکراه أو حکمه عدم إمکان التفصی عن الضرر المتوعد به بما لا یوجب به ضررا آخر کما حکی عن جماعة أم لا الذی یظهر من النصوص و الفتاوی عدم اعتبار العجز عن التوریة لأن حمل عموم رفع الإکراه و خصوص النصوص الواردة فی طلاق المکره و عتقه و معاقد الإجماعات و الشهرات المدعاة فی حکم المکره علی صورة العجز عن التوریة لجهل أو دهشة بعید جدا بل غیر صحیح فی بعضها من جهة المورد کما لا یخفی علی من راجعها مع أن القدرة علی التوریة لا تخرج الکلام

عن حیز الإکراه عرفا.

[هل یعتبر العجز عن التخلص بغیر التوریة]

هذا و ربما یستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصی بوجه آخر غیر التوریة أیضا فی صدق الإکراه مثل روایة ابن سنان عن أبی عبد الله ع قال: لا یمین فی غضب و لا فی قطیعة رحم و لا فی جبر و لا فی إکراه قلت أصلحک الله و ما الفرق بین الجبر و الإکراه قال الجبر من السلطان و یکون الإکراه من الزوجة و الأم و الأب و لیس ذلک بشیء.

و یؤیده أنه لو خرج عن الإکراه عرفا بالقدرة علی التفصی بغیر التوریة خرج عنه بالقدرة علیها لأن المناط حینئذ انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به فی فعل المکره علیه فلا فرق بین أن یتخلص عنه بکلام آخر أو فعل آخر أو بهذا الکلام مع قصد معنی آخر. و دعوی أن جریان حکم الإکراه مع القدرة علی التوریة تعبدی لا من جهة صدق حقیقة الإکراه کما تری لکن الإنصاف أن وقوع الفعل عن الإکراه لا یتحقق إلا مع العجز عن التفصی بغیر التوریة لأنه یعتبر فیه أن یکون الداعی علیه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به علی الترک و مع القدرة علی التفصی لا یکون الضرر مترتبا علی ترک المکره علیه بل علی ترکه و ترک التفصی معا فدفع الضرر یحصل بأحد الأمرین من فعل المکره علیه و التفصی فهو مختار فی کل منهما و لا یصدر کل منهما إلا باختیاره فلا إکراه و لیس التفصی من الضرر أحد فردی المکره علیه حتی لا یوجب تخییر الفاعل فیهما سلب الإکراه عنهما کما لو أکرهه علی أحد الأمرین حیث یقع کل منهما حینئذ مکرها علیه لأن الفعل المتفصی به مسقط عن المکره علیه لا بدل له و لذا لا تجری علیه أحکام المکره علیه إجماعا فلا یفسد إذا کان عقدا و ما ذکرناه و إن کان جاریا فی التوریة إلا أن الشارع رخص فی ترک التوریة بعد عدم إمکان التفصی بوجه آخر لما ذکرنا من ظهور النصوص و الفتاوی و بعد حملها علی صورة العجز عن التوریة مع أن العجز عنها لو کان معتبرا لأشیر إلیها فی تلک الأخبار الکثیرة المجوزة للحلف کاذبا عند الخوف و الإکراه خصوصا: فی قصة عمار و أبویه حیث أکرهوا علی الکفر فأبی أبواه فقتلا و أظهر لهم عمار ما أرادوا فجاء باکیا إلی رسول الله ص فنزلت الآیة مَنْ کَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِیمانِهِ إِلَّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

المکاسب، ج۲، ص ۱۲۰

بِالْإِیمانِ فقال له رسول الله ص إن عادوا علیک فعد و لم ینبهه علی التوریة فإن التنبیه فی المقام و إن لم یکن واجبا إلا أنه لا شک فی رجحانه خصوصا من النبی ص باعتبار شفقته علی عمار و علمه بکراهة تکلم عمار بألفاظ الکفر من دون توریة کما لا یخفی

[الفرق بین إمکان التفصی بالتوریة و إمکانه بغیرها]

هذا و لکن الأولی أن یفرق بین إمکان التفصی بالتوریة و إمکانه بغیرها بتحقق الموضوع فی الأول دون الثانی لأن الأصحاب وفاقا للشیخ فی المبسوط ذکروا من شروط تحقق الإکراه أن یعلم أو یظن المکره بالفتح أنه لو امتنع مما أکره علیه لوقع فیما توعد علیه و معلوم أن المراد لیس امتناعه عنه فی الواقع و لو مع اعتقاد المکره بالکسر عدم الامتناع بل المعیار فی وقوع الضرر اعتقاد المکره لامتناع المکره و هذا المعنی یصدق مع إمکان التوریة و لا یصدق مع التمکن من التفصی بغیرها لأن المفروض تمکنه من الامتناع مع اطلاع المکره علیه و عدم وقوع الضرر علیه. و الحاصل أن التلازم بین امتناعه و وقوع الضرر الذی هو المعتبر فی صدق الإکراه موجود مع التمکن بالتوریة لا مع التمکن بغیرها فافهم

[عدم اعتبار العجز فی الإکراه الرافع لأثر المعاملات]

ثم إن ما ذکرنا من اعتبار العجز عن التفصی إنما هو فی الإکراه المسوغ للمحرمات و مناطه توقف دفع ضرر المکره علی ارتکاب المکره علیه.

و أما الإكراه الرافع لأثر المعاملات فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة و قد يتحقق مع إمكان التفصی مثلا من كان قاعدا فی مكان خاص خال عن الغير متفرغا لعبادة أو مطالعة فجاءه من أكرهه علی بيع شیء مما عنده و هو فی هذه الحال غير قادر علی دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له فی الخارج خدم يكفونه شر المكره فالظاهر صدق الإكراه حينئذ بمعنی عدم طيب النفس لو باع ذلك الشیء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقف دفع ضرر إكراه الشخص علی أمر خدمه بدفعه و طرده فإن هذا لا يتحقق فی حقه الإكراه و يكذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل و لو فرض فی ذلك المثال إكراهه علی محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل و قد تقدم الفرق بين الجبر و الإكراه فی رواية ابن سنان.

[المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات

فالإكراه المعتبر فی تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنی الجبر المذكور و الرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذی ذكر فی تلك الرواية أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة فالمعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا الضرورة و الإلجاء و إن كانت هی المتبادر من لفظة الإكراه و لذا يحمل الإكراه فی حديث الرفع عليه فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه فی ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض لكن الداعی علی اعتبار ما ذكرنا فی المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس حيث استدلوا علی ذلك بقوله تعالی تِجارَةً عَنْ تَراضٍ. و لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم اعتبار الإرادة فی صحة الطلاق و خصوص ما ورد فی فساد طلاق من طلق مداراة مع عياله.

[الفرق بين الإكراه فی الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]

فقد تلخص مما ذكرنا أن الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفی أخص من الرافع لأثر الحكم الوضعی. و لو لوحظ ما هو المناط فی رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه لأن المناط فی رفع الحكم التكليفی هو دفع الضرر و فی رفع الحكم الوضعی هو عدم الإرادة و طيب النفس

[لو أكره الشخص علی أحد الأمرين

و من هنا لم يتأمل أحد فی أنه إذا أكره الشخص علی أحد الأمرين المحرمين لا بعينه فكل منهما وقع فی الخارج لا يتصف بالتحريم لأن المعيار فی دفع الحرمة دفع الضرر المتوقف علی فعل أحدهما أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره علی طلاق إحدی زوجتيه. فقد استشكل غير واحد فی أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه و يرجحه علی الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكره عليه باعتبار جنسه أم لا- بل أفتی فی القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه و إن حمله بعضهم علی ما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمة لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال من جهة مدخلية طيب النفس فی اختيار الخصوصية و إن كان الأقوی وفاقا لكل من تعرض للمسألة تحقق الإكراه لغة و عرفا مع أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا إذ الموجود فی الخارج دائما إحدی خصوصيات المكره عليه إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئی حقيقی من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و إن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك بمعنی أن وجوده الخارجی ناش عن إكراه و اختيار و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل و يستحقه باعتبار الخصوصية. و تظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر علی خصوصية المعاملة الموجودة فإنه لا يرتفع بالإكراه علی القدر المشترك مثلا لو أكرهه علی شرب الماء أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر لأنه مختار فيه و إن كان مكرها فی أصل الشرب و كذا لو أكرهه علی بيع صحيح أو فاسد فإنه لا يرتفع أثر الصحيح لأنه مختار فيه و إن كان

مکرها فی جنس البیع لکنه لا یترتب علی الجنس أثر یرتفع بالإکراه و من هنا یعلم أنه لو أکره علی بیع مال أو إیفاء مال مستحق لم یکن إکراها لأن القدر المشترک بین الحق و غیره إذا أکره علیه لم یقع باطلا و إلا لوقع الإیفاء أیضا باطلا فإن اختار البیع صحیح لأن الخصوصیة غیر مکره علیها و المکره علیه و هو القدر المشترک غیر مرتفع الأثر و لو أکرهه علی بیع مال أو أداء مال غیر مستحق کان إکراها لأنه لا یفعل البیع إلا فرارا من بدله أو وعیده المضرین کما لو أکرهه علی بیع داره أو شرب الخمر فإن ارتکاب البیع للفرار عن الضرر الأخروی ببدله أو التضرر الدنیوی بوعیده

[لو أکره أحد الشخصین علی فعل واحد]

ثم إن إکراه أحد الشخصین علی فعل واحد بمعنی إلزامه علیهما کفایة و إیعادهما علی ترکه کإکراه شخص واحد علی أحد الفعلین فی کون کل منهما مکرها.

[صور تعلق الإکراه]

و اعلم أن الإکراه قد یتعلق بالمالک و العاقد کما تقدم و قد یتعلق بالمالک دون العاقد کما لو أکره علی التوکیل فی بیع ماله فإن العاقد قاصد مختار و المالک مجبور و هو داخل فی عقد الفضولی بعد ملاحظة عدم تحقق الوکالة مع الإکراه و قد ینعکس کما لو قال بع مالی أو طلق زوجتی و إلا قتلتک و الأقوی هنا الصحة لأن العقد هنا من حیث إنه عقد لا یعتبر فیه سوی القصد الموجود فی المکره إذا کان عاقدا و الرضا المعتبر من المالک موجود بالفرض فهذا أولی من المالک المکره علی العقد إذا رضی لاحقا. و احتمل فی المسالک عدم الصحة نظرا إلی

المکاسب، ج۲، ص ۱۲۱

أن الإکراه یسقط حکم اللفظ کما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها ثم قال و الفرق بینهما أن عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المکره فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد- فإن کان الأمر قاصدا لم یقدح إکراه المأمور انتهی و هو حسن و قال أیضا لو أکره الوکیل علی الطلاق دون الموکل ففی صحته وجهان أیضا من تحقق الاختیار فی الموکل المالک و من سلب عبارة المباشر انتهی. و ربما یستدل علی فساد العقد فی هذین الفرعین بما دل علی رفع حکم الإکراه و فیه ما سیجیء من أنه إنما یرفع حکما ثابتا علی المکره لو لا الإکراه و لا أثر للعقد هنا بالنسبة إلی المتکلم به لو لا الإکراه. و مما یؤید ما ذکرنا حکم المشهور بصحة بیع المکره بعد لحوق الرضا و من المعلوم أنه إنما یتعلق بحاصل العقد الذی هو أمر مستمر و هو النقل و الانتقال و أما التلفظ بالکلام الذی صدر مکرها علیه فلا معنی للحوق الرضا به لأن ما مضی و انقطع لا یتغیر عما وقع علیه و لا ینقلب. نعم ربما یستشکل هنا فی الحکم المذکور بأن القصد إلی المعنی و لو علی وجه الإکراه شرط فی الاعتناء بعبارة العقد و لا یعرف إلا من قبل العاقد فإذا کان مختارا أمکن إحرازه بأصالة القصد فی أفعال العقلاء الاختیاریة دون المکره علیها اللهم إلا أن یقال إن الکلام بعد إحراز القصد و عدم تکلم العاقد لاغیا أو موریا و لو کان مکرها مع أنه یمکن إجراء أصالة القصد هنا أیضا فتأمل.

فروع

[الإکراه علی بیع عبد من عبدین]

و لو أکرهه علی بیع واحد غیر معین من عبدین فباعهما أو باع نصف أحدهما ففی التذکرة إشکال. أقول أما بیع العبدین فإن کان تدریجا فالظاهر وقوع الأول مکرها دون الثانی- مع احتمال الرجوع إلیه فی التعیین سواء ادعی العکس أم لا و لو باعهما دفعة احتملت

صحة الجمیع لأنه خلاف المکره علیه و الظاهر أنه لم یقع شیء منهما عن إکراه و بطلان الجمیع لوقوع أحدهما مکرها علیه و لا ترجیح و الأول أقوی.

[الإکراه علی معین فضم غیره إلیه]

و لو أکره علی بیع معین فضم إلیه غیره و باعهما دفعة فالأقوی الصحة فی غیر ما أکره علیه و أما مسألة النصف فإن باع النصف بعد الإکراه علی الکل بقصد أن یبیع النصف الآخر امتثالا للمکره بناء علی شمول الإکراه لبیع المجموع دفعتین فلا إشکال فی وقوعه مکرها علیه و إن کان لرجاء أن یقنع المکره بالنصف کان أیضا إکراها لکن فی سماع دعوی البائع ذلک مع عدم الأمارات نظر.

[الإکراه علی الطلاق]

اشارة

بقی الکلام فیما وعدنا ذکره من الفرع المذکور فی التحریر قال فی التحریر لو أکره علی الطلاق فطلق ناویا فالأقرب وقوع الطلاق انتهی- . و نحوه فی المسالک بزیادة احتمال عدم الوقوع لأن الإکراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النیة لا حکم لها. و حکی عن سبطه فی نهایة المرام أنه نقله قولا و استدل علیه بعموم ما دل من النص و الإجماع علی بطلان عقد المکره و الإکراه متحقق هنا إذ المفروض أنه لولاه لما فعله ثم قال و المسألة محل إشکال انتهی و عن بعض الأجلة أنه لو علم أنه لا یلزمه إلا اللفظ و له تجریده عن القصد فلا شبهه فی عدم الإکراه و إنما یحتمل الإکراه مع عدم العلم بذلک سواء ظن لزوم القصد و إن لم یرده المکره أم لا انتهی. ثم إن بعض المعاصرین ذکر الفرع عن المسالک و بناه علی أن المکره لا قصد له أصلا فرده بثبوت القصد للمکره و جزم بوقوع الطلاق المذکور مکرها علیه و فیه ما عرفت سابقا من أنه لم یقل أحد بخلو المکره عن قصد معنی اللفظ و لیس هذا مرادا من قولهم إن المکره غیر قاصد إلی مدلول اللفظ و لذا شرک الشهید الثانی بین المکره و الفضولی فی ذلک کما عرفت سابقا فبناء هذا الحکم فی هذا الفرع علی ما ذکر ضعیف جدا و کذا ما تقدم عن بعض الأجلة من أنه إن علم بکفایة مجرد اللفظ المجرد عن النیة فنوی اختیارا صح لأن مرجع ذلک إلی وجوب التوریة علی العارف بها المتفطن لها إذ لا فرق بین التخلص بالتوریة و بین تجرید اللفظ عن قصد المعنی بحیث یتکلم به لاغیا و قد عرفت أن ظاهر الأدلة و الأخبار الواردة فی طلاق المکره و عتقه عدم اعتبار العجز عن التوریة.

[أقسام الإکراه علی الطلاق و أحکامها]

و توضیح الأقسام المتصورة فی الفرع المذکور أن الإکراه الملحق بوقوع الطلاق قصدا إلیه راضیا به إما أن لا یکون له دخل فی الفعل أصلا بأن یوقع الطلاق قصدا إلیه عن طیب النفس بحیث لا یکون الداعی إلیه هو الإکراه لبنائه علی تحمل الضرر المتوعد به و لا یخفی بداهة وقوع الطلاق هنا و عدم جواز حمل الفرع المذکور علیه فلا معنی لجعله فی التحریر أقرب و ذکر احتمال عدم الوقوع فی المسالک و جعله قولا فی نهایة المرام و استشکاله فیه لعموم النص و الإجماع. و کذا لا ینبغی التأمل فی وقوع الطلاق لو لم یکن الإکراه مستقلا فی داعی الوقوع بل هو بضمیمة شیء اختیاری للفاعل و إن کان الداعی هو الإکراه فإما أن یکون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمکره بالکسر کمن قال له ولده طلق زوجتک و إلا قتلتک أو قتلت نفسی فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل الغیر له إذا تعرض لقتل والده أو کان الداعی علی الفعل شفقة دینیة علی المکره

بالكسر أو على المطلقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس فی محرم و الحكم فی الصورتين لا يخلو عن إشكال. و إن كـان الفعـل لـداعی التخلص من الضـرر فقـد يكون قصـد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحـذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة لغفلتـه عن أن التخلص غير متوقـف على القصـد إلى وقـوع أثر الطلاـق و حصـول البينونـة فيـوطن نفسه على رفـع اليـد عن الزوجـة و الإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا و هذا كثيرا ما يتفق للعوام. و قد يكون هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله بالحكم الشـرعی أو كونه رأی مـذهب بعض العامـة فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه فإذا أكره على الطلاق فقـد طلق قاصـدا لوقوعه لأن القصـد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سـببا مسـتقلا فی وقوع البينونة يسـتلزم القصد إلى وقوعها فيرضـی نفسه بذلک و يوطنها عليه و هذا أيضا كثيرا ما يتفق للعوام و الحكم فی هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب

[عقد المكره لو تعقبه الرضا]

[الاستدلال على الصحة]

ثم إن المشـهور بين المتأخرين أنه لو رضـی المكره بما فعله صـح العقد بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاقهم لأنه عقد حقيقی فيـؤثر أثره مـع اجتمـاع بـاقی شـرائط البيع و هـو طيب النفس. و دعوى اعتبـار مقارنـة طيب النفس للعقـد خاليـة عن الشاهـد مـدفوعة بالإطلاقات

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۲

و أضـعف منها دعوى اعتبارها فی مفهوم العقـد- اللازم منه عـدم كون عقـد الفضولی عقـدا حقيقة و أضـعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقـد فی تأثير عقـده اللازم منه عـدم صـحة بيع المكره بحق و كون إكراهه على العقـد تعبديا لا لتأثير فيه و يؤيده فحوى صحة عقـد الفضولی حيث إن المالـک طيب النفس بوقوع أثر العقـد و غير منشـئ للنقـل بكلامـه. و إمضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه و ليس إنشاء مستأنفا مع أنه لو كان فهو موجود هنا فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخرا عن إنشاء العقـد و هـذا موجود فيما نحن فيه مع زائـد و هو إنشاؤه للنقل المـدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقی. و توهم أن عقد الفضولی واجد لما هو مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشؤه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا فی صدق العقدية إذ يكفی فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المسـتعمل فيه و لا فی النقل و الانتقال لعدم مدخلية غير المالك فيه. نعم لو صـح مـا ذكر سابقا من توهم أن المكره لا قصـد له إلى مـدلول اللفظ أصـلا و أنه قاصـد نفس اللفظ الـذی هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض صح أنه لا يجدی تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ لكن عرفت سابقا أنه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوی فراجع

[ما استدل به على البطلان و المناقشة فيه]

فظهر مما ذكرنا ضـعف وجه التأمل فی المسألة كما عن الكفاية و مجمع الفائدة تبعا للمحقق الثانی فی جامع المقاصد و إن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ الدال على اعتبار كون العقد عن التراضـی مضافا إلى النبوی المشـهور الـدال على رفع حكم الإكراه مؤيـدا بالنقض بالهازل مع أنهم لم يقولوا بصـحته بعد لحوق الرضا و الكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضـی إما بمفهوم الحصـر و إما بمفهوم الوصف و لا حصـر كما لا يخفى لأن الاسـتثناء منقطع و غير مفرغ. و مفهوم الوصف على القول به مقيـد بعـدم ورود الوصف مورد الغـالب كمـا فی رَبـائِبُكُمُ اللَّاتِی فِی حُجُورِكُمْ و دعوى وقوعه هنا مقام

الاحتراز ممنوعة و سيجىء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى البيع الفضولى. و أما حديث الرفع ففيه أولا أن المرفوع فيه هى المؤاخذة و الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره و إلزامه بشىء و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك و هذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ و هذا إلزام لغيره و الحديث لا يرفع المؤاخذة و الإلزام عن غير المكره كما تقدم و أما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه لا ـ من أحكام الفعل المتحقق على وجه الإكراه ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلا و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل. و ثانيا أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرها عليه كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضا و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقل لنقل المال و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه العلة التامة للملكية لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه و بعبارة أخرى أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث و المدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك و هذا غير مرتفع بالإكراه لكن يرد على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره و وقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع إلى أصالة الفساد. و بعبارة أخرى أن أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الإكراه حاكما عليه مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الإطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس بالبيع المرضى به سبقه الرضا أو لحقه و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضى به سابقا لا يعقل عروض الإكراه له. و أما المرضى به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف و هو أصل البيع قبل الرضا و لا نقول بتأثيره بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا فى تأثيره و وجوب الوفاء به. فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه و الرضا به لاحقا و لازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام و هذا لا يرتفع بالإكراه لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض [إلا أن يقال إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة [التى أفادتها الإطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه لأن التأثير الناقص أيضا استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا ـ أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه و على الثانى يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا و كيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام و هذا أمر عقلى قهرى يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

بقى الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثانى كما سيجىء فى مسألة الفضولى و ربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا و فى الفضولى هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك فى زمان النقل. و فيه أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل إلا أن إنشاءه لما كان فى زمان التكلم فإن كان ذلك الإنشاء مؤثرا فى نظر الشارع فى زمان التكلم حدث الأثر فيه و إن كان مؤثرا بعد حصول أمر حدث الأثر بعده. فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۳

اجتماع ما يعتبر في الحكم و لذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير مناف لمقتضى الإيجاب و لم يكن تبعيضا في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. فإن قلت حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت المراد هو الملك شرعا و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك و سيأتي توضيح ذلك في البيع الفضولي إن شاء الله. و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد- فإنه و إن كان حلا للعقد السابق و جعله كأن لم يكن إلا أنه لا ترتفع به الملكية السابقة على الفسخ لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقة ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله.

مسألة و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا

اشارة

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده سواء أ كان لنفسه في ذمته أو بما في يده أم لغيره

[الدليل على هذا الشرط]

لعموم أدلة عدم استقلاله في أموره. قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ. و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر و أبي عبد الله ع قالا: المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده قلت فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ فشيء الطلاق. و الظاهر من القدرة خصوصا بقرينة الرواية هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعا بمنزلة العدم لا يترتب عليه الأثر المقصود منه لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلا كيف و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]

اشارة

و كيف كان فإنشاءات العبد لا يترتب عليه آثارها من دون إذن المولى- أما مع الإذن السابق فلا إشكال و أما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين- الذين يتعلق بهما حق المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق و أن لا يرضى بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده و بتقرير آخر أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد و حاصله أعني انتقال المال بعوض و هذا فيما نحن فيه ليس منوطا برضا المولى قطعا إذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين و إنما له حق في كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرجه عن الاستقلال الواقع عليه قطعا

[مختار المؤلف و دليله]

إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى لعموم أدلة الوفاء بالعقود و المخصص إنما دل على عدم ترتب الأثر على عقد العبد من دون

مدخلیة المولی أصلا سابقا و لاحقا لا مدخلیة إذنه السابق و لو شک أیضا وجب الأخذ بالعموم فی مورد الشک. و تؤید إرادة الأعم من الإجازة الصحیحة السابقة فإن جواز النکاح یکفیه لحوق الإجازة. فالمراد بالإذن هو الأعم إلا أنه خرج الطلاق بالدلیل و لا یلزم تأخیر البیان لأن الکلام المذکور مسوق لبیان نفی استقلال العبد فی الطلاق بحیث لا یحتاج إلی رضا المولی أصلا بل و مع کراهة المولی کما یرشد إلیه التعبیر عن السؤال بقوله بید من الطلاق.

[ما یؤید المختار]

و یؤید المختار بل یدل علیه ما ورد فی صحة نکاح العبد الواقع بغیر إذن المولی إذا أجازه معللا بأنه لم یعص الله تعالی و إنما عصی سیده فإذا أجاز جاز بتقریب أن الروایة تشمل ما لو کان العبد هو العاقد علی نفسه و حمله علی ما إذا عقد الغیر له مناف لترک الاستفصال مع أن تعلیل الصحة بأنه لم یعص الله تعالی إلی آخره فی قوة أن یقال إنه إذا عصی الله بعقد کعقد علی ما حرم الله تعالی علی ما مثل به الإمام ع فی روایات أخری واردة فی هذه المسألة کان العقد باطلا لعدم تصور رضا الله تعالی بما سبق من معصیته أما إذا لم یعص الله و عصی سیده أمکن رضا سیده فیما بعد بما لم یرض به سابقا فإذا رضی به و أجاز صح. فیکون الحاصل أن معیار الصحة فی معاملة العبد بعد کون المعاملة فی نفسها مما لم ینه عنه الشارع هو رضا سیده بوقوعه سابقا أو لاحقا و أنه إذا عصی سیده بمعاملة ثم رضی السید بها صح و أن ما قاله المخالف من أن معصیة السید لا یزول حکمها برضاه بعده و أنه لا ینفع الرضا اللاحق کما نقله السائل عن طائفة من العامة غیر صحیح فافهم و اغتنم و من ذلک یعرف أن استشهاد بعض بهذه الروایات علی صحة عقد العبد و إن لم یسبقه إذن و لم یلحقه إجازة بل و مع سبق النهی أیضا لأن غایة الأمر هو عصیان العبد و إثمه فی إیقاع العقد و التصرف فی لسانه الذی هو ملک للمولی لکن النهی مطلقا لا- یوجب الفساد خصوصا النهی الناشئ عن معصیة السید کما یومئ إلیه هذه الأخبار الدالة علی أن معصیة السید لا تقدح بصحة العقد فی غیر محله بل الروایات ناطقة کما عرفت بأن الصحة من جهة ارتفاع کراهة المولی و تبدله بالرضا بما فعله العبد و لیست کراهة الله عز و جل بحیث یستحیل رضاه بعد ذلک بوقوعه السابق فکأنه قال لم یعص الله حتی یستحیل تعقبه للإجازة و الرضا و إنما عصی سیده فإذا أجاز جاز فقد علق الجواز صریحا علی الإجازة. و دعوی أن تعلیق الصحة علی الإجازة من جهة مضمون العقد و هو التزویج المحتاج إلی إجازة السید إجماعا لا نفس إنشاء العقد حتی لو فرضناه للغیر یکون محتاجا إلی إجازة مولی العاقد مدفوعة بأن المنساق من الروایة إعطاء قاعدة کلیة بأن رضا المولی بفعل العبد بعد وقوعه یکفی فی کل ما یتوقف علی مراجعة السید و کان فعله من دون مراجعته أو مع النهی عنه معصیة له و المفروض أن نفس العقد من هذا القبیل. ثم إن ما ذکره من عصیان العبد بتصرفه فی لسانه و أنه لا یقتضی الفساد یشعر بزعم أن المستند فی بطلان عقد العبد لغیره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولی و فیه أولا منع حرمة هذه التصرفات الجزئیة للسیرة المستمرة علی مکالمة العبید

المکاسب، ج۲، ص ۱۲۴

و نحو ذلک من المشاغل الجزئیة. و ثانیا بداهة أن الحرمة فی مثل هذه لا توجب الفساد فلا یظن استناد العلماء فی الفساد إلی الحرمة. و ثالثا أن الاستشهاد بالروایة لعدم کون معصیة السید بالتکلم بألفاظ العقد و التصرف فی لسانه قادحا فی صحة العقد غیر صحیح لأن مقتضاه أن التکلم إن کان معصیة لله تعالی یکون مفسدا مع أنه لا یقول به أحد فإن حرمة العقد من حیث إنه تحریک اللسان کما فی الصلاة و القراءة المضیقة و نحوهما لا یوجب فساد العقد إجماعا. فالتحقیق أن المستند فی الفساد هو الآیة المتقدمة و الروایات الواردة فی عدم جواز أمر العبد و مضیه مستقلا و أنه لیس له من الأمر شیء.

فرع لو أمر العبد آمر أن یشتری نفسه من مولاه- فباعه مولاه صح و لزم

بناء علی کفایة رضا المولی الحاصل من تعریضه للبیع من إذنه الصریح بل یمکن جعل نفس الإیجاب موجبا للإذن الضمنی و لا

یقدح عدم قابلیة المشتری للقبول فی زمان الإیجاب لأن هذا الشرط لیس علی حد غیره من الشروط المعتبرة فی کل من المتعاقدین من أول الإیجاب إلی آخر القبول بل هو نظیر إذن مالک الثمن فی الاشتراء حیث یکفی تحققه بعد الإیجاب و قبل القبول الذی بنی المشتری علی إنشائه فضولا. و عن القاضی البطلان فی المسألة مستدلا علیه باتحاد عبارته مع عبارة السید فیتحد الموجب و القابل و فیه مع اقتضائه المنع لو أذن له السید سابقا منع الاتحاد أولا و منع قدحه ثانیا هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاه فإن أمره بالاشتراء من وکیل المولی فعن جماعة منهم المحقق و الشهید الثانیان أنه لا یصح لعدم الإذن من المولی. و ربما قیل بالجواز حینئذ أیضا بناء علی ما سبق منه من أن المنع لأجل النهی و هو لا یستلزم الفساد و فیه ما عرفت أن وجه المنع هو أدلة عدم استقلال العبد فی شیء لا منعه عن التصرف فی لسانه فراجع ما تقدم و الله أعلم.

مسألة و من شروط المتعاقدین أن یکونا مالکین أو مأذونین من المالک أو الشارع

اشارة

فعقد الفضولی لا یصح أی لا یترتب علیه ما یترتب علی عقد غیره من اللزوم و هذا مراد من جعل الملک و ما فی حکمه شرطا ثم فرع علیه بأن بیع الفضولی موقوف علی الإجازة کما فی القواعد فاعتراض جامع المقاصد علیه بأن التفریع فی غیر محله لعله فی غیر محله و کیف کان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولی التی هی من أهم المسائل

[اختلاف الفقهاء فی صحة عقد الفضولی و اتفاقهم علی بطلان إیقاعه

فنقول اختلف الأصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی بل مطلق عقده بعد اتفاقهم علی بطلان إیقاعه کما فی غایة المراد علی أقوال.

[المراد بالفضولی

و المراد بالفضولی کما ذکره الشهید هو کامل غیر المالک للتصرف و لو کان غاصبا. و فی کلام بعض العامة أنه العاقد بلا إذن من یحتاج إلی إذنه و قد یوصف به نفس العقد و لعله تسامح و کیف کان فیشمل العقد الصادر من البکر الرشیدة بدون إذن الولی و من المالک إذا لم یملک التصرف لتعلق حق الغیر بالمال کما یومئ إلیه استدلالهم لفساد الفضولی بما دل علی المنع من نکاح البکر الرشیدة بغیر إذن ولیها و حینئذ فیشمل بیع الراهن و السفیه و نحوهما و بیع العبد بدون إذن السید

[هل العقد المقرون برضا المالک من دون إذن منه فضولی

و کیف کان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالک للتصرف باطنا و طیب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صریحا أو فحوی لأن العاقد لا یصیر مالکا للتصرف و مسلطا علیه بمجرد علمه برضا المالک. و یؤیده اشتراطهم فی لزوم العقد کون العاقد مالکا أو مأذونا أو ولیا و فرعوا علیه بیع الفضولی. و یؤیده أیضا استدلالهم علی صحة الفضولی بحدیث عروة البارقی مع أن الظاهر علمه برضا النبی ص بما یفعله و إن کان الذی یقوی فی النفس لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب- عدم توقفه علی الإجازة اللاحقة بل یکفی فیه رضا المالک المقرون بالعقد سواء علم به العاقد أو انکشف بعد العقد حصوله حینه أو لم ینکشف أصلا فیجب علی المالک فیما بینه و بین الله تعالی إمضاء ما رضی به و یرتب الآثار علیه لعموم وجوب الوفاء بالعقود. و قوله تعالی إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه. و ما دل علی علم المولی بنکاح العبد و سکوته إقرار منه و روایة عروة البارقی الآتیة حیث أقبض المبیع و قبض الدینار لعلمه برضا النبی ص و لو کان فضولیا موقوفا علی الإجازة لم یجز التصرف فی المعوض و العوض

بالقبض و الإقباض و تقرير النبى ص له على ما فعل دليل على جوازه هذا مع أن كلمات الأصحاب فى بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولى و عدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم فى الاستدلال على الصحة إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك. و قولهم إن الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه أعم من الرضا و نحو ذلك ثم لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقة كما هو أحد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه مع أنه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات ثم إنه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحا أو بيعا مع العلم برضا السيد و لو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التى هى مناط المنع فى الأخبار و عدم منافاته لعدم استقلال العبد فى التصرف

ثم اعلم أن الفضولى قد يبيع للمالك و قد يبيع لنفسه و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع.

فهنا مسائل ثلاث

الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

اشارة

- و هذا هو المتيقن من عقد الفضولى

و المشهور الصحة

اشارة

بل فى التذكرة نسبها إلى علمائنا تارة صريحا و أخرى ظاهرا بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك أن لنا فيه قولا بالبطلان. و فى غاية المراد حكى الصحة عن العمانى و المفيد و المرتضى و الشيخ فى النهاية و سلار و الحلبى و القاضى و ابن حمزة و حكى عن الإسكافى و استقر عليها رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين كالأردبيلى و السيد الداماد و بعض متأخرى المتأخرين

[مقتضى العمومات الصحة]

لعموم أدلة البيع و العقود لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه و اشتراط ترتب الأثر بالرضا و توقفه عليه أيضا لا مجال لإنكاره فلم يبق الكلام إلا فى اشتراط سبق الإذن و حيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه و مرجع ذلك كله إلى عموم حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد خرج منه العارى عن الإذن و

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۵

الإجازة معا و لم يعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجازة و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر من أهله وقع فى محله. فما ذكره فى غاية المراد من أنه من باب المصادرات لم أتحقق وجهه لأن كون العاقد أهلا للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه و كذا كون المبيع قابلا للبيع فليس محل الكلام إلا خلو العقد عن مقارنة إذن المالك و هو مدفوع بالأصل و لعل مراد الشهيد أن

الكلام فى أهلية العاقد و يكتفى فى إثباتها بالعموم المتقدم.

[الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقى و المناقشة فيه]

و قد اشتهر الاستدلال عليه: بقضية عروة البارقى حيث دفع إليه النبى ص دينارا و قال له اشتر لنا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع إحداهما فى الطريق بدينار فأتى النبى ص بالشاة و الدينار فقال له رسول الله ص بارك الله لك فى صفقة يمينك فإن بيعه وقع فضولا و إن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي- هذا و لكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة- المقرونة برضا المالك فى بيع الفضولى. توضيح ذلک أن الظاهر علم عروة برضا النبى ص بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن و لا ريب أن الإقباض و القبض فى بيع الفضولى حرام لكونه تصرفا فى مال الغير فلا بد إما من التزام أن عروة فعل الحرام فى القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبى ص و إما من القول بأن البيع الذى يعلم تعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناء على كون الإجازة كاشفة و سيجىء ضعفه فيدور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالک خارجا عن الفضولى كما قلناه. و رابع و هو علم عروة برضا النبى ص بإقباض ماله للمشترى حتى يستأذن و علم المشترى بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة و إلا فالفضولى ليس مالكا و لا وكيلا فلا يستحق قبض المال فلو كان المشترى عالما فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلا و لكن الظاهر هو أول الوجهين كما لا يخفى خصوصا بملاحظة أن الظاهر وقوع تلک المعاملة على جهة المعاطاة- . و قد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة و وصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالک أو غيره و لو كان صبيا أو حيوانا فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولى و غيره مقرونا برضا المالكين ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه كفى فى صحة التصرف و ليس هذا من معاملة الفضولى لأن الفضولى صار آلة فى الإيصال و العبرة برضا المالک المقرون به

[الاستدلال للصحة بصحيحة محمد بن قيس]

اشارة

و استدل له أيضا تبعا للشهيد فى الدروس بصحيحة محمد ابن قيس عن أبى جعفر الباقر ع قال: قضى أمير المؤمنين ع فى وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير إذنى فقال ع الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعک الوليدة حتى ينفذ البيع لک فلما رءاه أبوه قال له أرسل ابنى قال لا و الله لا أرسل ابنک حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلک سيد الوليدة أجاز بيع ابنه الحديث قال فى الدروس و فيها دلالة على صحة الفضولى و أن الإجازة كاشفة

[المناقشة فى الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس]

و لا يرد عليها شىء مما يوهن الاستدلال بها فضلا عن أن يسقطها و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة- إلا ظهور الرواية فى تأثير الإجازة المسبوقة بالرد من جهة ظهور المخاصمة فى ذلک. و إطلاق حكم الإمام ع بتعيين أخذ الجارية و ابنها من المالک بناء على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد و مناشدة المشترى للإمام ع و إلحاحه إليه فى علاج فكاک ولده. و قوله حتى ترسل ابنى الظاهر فى أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة و حمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله ع فلما رأى ذلک سيد الوليدة أجاز بيع الوليدة. و الحاصل أن ظهور الرواية فى رد البيع أولا مما لا ينكره المنصف إلا أن الإنصاف أن ظهور الرواية فى أن أصل الإجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية فى مورد

الروایة غیر قابل للإنکار فلا بد من تأویل ذلک الظاهر لقیام القرینة و هی الإجماع علی اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد. و الحاصل أن مناط الاستدلال لو کان نفس القضیة الشخصیة من جهة اشتمالها علی تصحیح بیع الفضولی بالإجازة بناء علی قاعدة اشتراک جمیع القضایا المتحدة نوعا فی الحکم الشرعی کان ظهورها فی کون الإجازة الشخصیة فی تلک القضیة مسبوقة بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار علی موردها لوجه علمه الإمام ع مثل کون مالک الولیدة کاذبا فی دعوی عدم الإذن للولد فاحتال ع حیلة یصل بها الحق إلی صاحبه

[توجیه الاستدلال بصحیحة محمد بن قیس

و أما لو کان مناط الاستدلال ظهور سیاق کلام الأمیر ع فی قوله خذ ابنه حتی ینفذ لک البیع. و قول الباقر ع فی مقام الحکایة فلما رأی ذلک سید الولیدة أجاز بیع ابنه فی أن للمالک أن یجیز العقد الواقع علی ملکه و ینفذه لم یقدح فی ذلک ظهور الإجازة الشخصیة فی وقوعها بعد الرد فیئول ما یظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الرد أو کون حبس الولیدة علی الثمن أو نحو ذلک و کأنه قد اشتبه مناط الاستدلال علی من لم یستدل بها فی مسألة الفضولی أو یکون الوجه فی الإغماض عنها ضعف الدلالة المذکورة فإنها لا تزید علی الإشعار- و لذا لم یذکرها فی الدروس فی مسألة الفضولی بل ذکرها فی موضع آخر لکن الفقیه فی غنی عنه بعد العمومات المتقدمة.

[الاستدلال لصحة بیع الفضولی بفحوی صحة نکاحه

اشارة

و ربما یستدل أیضا بفحوی صحة عقد النکاح من الفضولی فی الحر و العبد- الثابتة بالنص و الإجماعات المحکیة فإن تملیک بضع الغیر إذا لزم بالإجازة کان تملیک ماله أولی بذلک مضافا إلی ما علم من شدة الاهتمام فی عقد النکاح لأنه یکون منه الولد کما فی بعض الأخبار. و قد أشار إلی هذه الفحوی فی غایة المراد و استدل بها فی الریاض بل قال إنه لولاها أشکل الحکم من جهة الإجماعات المحکیة علی المنع و هو حسن

[المناقشة فی الاستدلال المذکور]

إلا- أنها ربما توهن بالنص الوارد فی الرد علی العامة- الفارقین بین تزویج الوکیل المعزول مع جهله بالعزل و بین بیعه بالصحة فی الثانی لأن المال له عوض و البطلان فی الأول لأن البضع لیس له عوض: حیث قال الإمام ع فی مقام ردهم و اشتباههم فی وجه الفرق سبحان الله ما أجور هذا الحکم و أفسده فإن

المکاسب، ج ۲، ص ۱۲۶

النکاح أولی و أجدر أن یحتاط فیه لأنه الفرج و منه یکون الولد الخبر و حاصله أن مقتضی الاحتیاط کون النکاح الواقع أولی بالصحة من حیث الاحتیاط المتأکد فی النکاح دون غیره فدل علی أن صحة البیع تستلزم صحة النکاح بطریق أولی خلافا للعامة حیث عکسوا و حکموا بصحة البیع دون النکاح فمقتضی حکم الإمام ع أن صحة المعاملة المالیة الواقعة فی کل مقام تستلزم صحة النکاح الواقع بطریق أولی و حینئذ فلا یجوز التعدی من صحة النکاح فی مسألة الفضولی إلی صحة البیع لأن الحکم فی الفرع لا یستلزم الحکم فی الأصل فی باب الأولویة و إلا لم یتحقق الأولویة کما لا یخفی. فالاستدلال بصحة النکاح علی صحة البیع مطابق لحکم العامة من کون النکاح أولی بالبطلان من جهة أن البضع غیر قابل للتدارک بالعوض بقی الکلام فی وجه جعل الإمام ع الاحتیاط فی النکاح هو إبقاؤه

دون إبطاله مستدلا بأنه یکون منه الولد أن الأمر فی الفروج کالأموال دائر بین محذورین و لا احتیاط فی البین و یمکن أن یکون الوجه فی ذلک أن إبطال النکاح فی مقام الإشکال و الاشتباه یستلزم التفریق بین الزوجین علی تقدیر الصحة واقعا فتتزوج المرأة و یحصل الزنی بذات البعل- بخلاف إبقائه فإنه علی تقدیر بطلان النکاح لا یلزم منه إلا وطء المرأة الخالیة عن المانع و هذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشد احتیاطا و کیف کان فمقتضی هذه الصحیحة أنه إذا حکم بصحة النکاح الواقع من الفضولی لم یوجب ذلک التعدی إلی الحکم بصحة بیع الفضولی. نعم لو ورد الحکم بصحة البیع أمکن الحکم بصحة النکاح لأن النکاح أولی بعدم الإبطال کما هو نص الروایة ثم إن الروایة و إن لم یکن لها دخل بمسألة الفضولی إلا أن المستفاد منها قاعدة کلیة هی أن إمضاء العقود المالیة یستلزم إمضاء النکاح من دون العکس الذی هو مبنی الاستدلال فی مسألة الفضولی-

[ما یؤید صحة بیع الفضولی

[ما ورد فی المضاربة]

هذا ثم إنه ربما یؤید صحة الفضولی بل یستدل علیها بروایات کثیرة وردت فی مقامات خاصة- مثل موثقة جمیل عن أبی عبد الله ع: فی رجل دفع إلی رجل مالا لیشتری به ضربا من المتاع مضاربة فاشتری غیر الذی أمره قال هو ضامن و الربح بینهما علی ما شرطه. و نحوها غیرها الواردة فی هذا الباب فإنها إن أبقیت علی ظاهرها من عدم توقف ملک الربح علی الإجازة کما نسب إلی ظاهر الأصحاب و عد هذا خارجا عن بیع الفضولی بالنص کما فی المسالک و غیره کان فیها استیناس لحکم المسألة من حیث عدم اعتبار إذن المالک سابقا فی نقل مال المالک إلی غیره و إن حملناها علی صورة رضا المالک بالمعاملة بعد ظهور الربح کما هو الغالب. و بمقتضی الجمع بین هذه الأخبار و بین ما دل علی اعتبار رضا المالک فی نقل ماله و النهی عن أکل المال بالباطل- اندرجت المعاملة فی الفضولی و صحتها فی خصوص المورد و إن احتمل کونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأیید للمطلب.

[ما ورد فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم

و من هذا القبیل الأخبار الواردة فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم و أن الربح للیتیم فإنها إن حملت علی صورة إجازة الولی کما هو صریح جماعة تبعا للشهید کان من أفراد المسألة و إن عمل بإطلاقها کما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولی لکن یستأنس بها للمسألة بالتقریب المتقدم و ربما احتمل دخولها فی المسألة من حیث إن الحکم بالمضی إجازة إلهیة لاحقه للمعاملة فتأمل.

[روایة ابن أشیم

و ربما یؤید المطلب أیضا بروایة ابن أشیم الواردة: فی العبد المأذون الذی دفع إلیه مال لیشتری به نسمة و یعتقها و یحجه عن أبیه فاشتری أباه و أعتقه ثم تنازع مولی المأذون و مولی الأب و ورثة الدافع و ادعی کل منهم أنه اشتراه بماله فقال أبو جعفر ع یرد المملوک رقا لمولاه و أی الفریقین أقاموا البینة بعد ذلک علی أنه اشتراه بماله کان رقا له الخبر بناء علی أنه لو لا کفایة الاشتراء بعین المال- فی تملک المبیع بعد مطالبتهم المتضمنة لإجازة البیع لم یکن مجرد دعوی الشراء بالمال و لا إقامة البینة علیها کافیة فی تملک المبیع.

[صحیحة الحلبی

و مما تؤيد المطلب أيضا صحيحة الحلبی: عن الرجل يشتری ثوبا و لم يشترط علی صاحبه شيئا- فكرهه ثم رده علی صاحبه فأبی أن يقبله إلا بوضيعة قال لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد علی صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا علی صحة بيع الفضولی لنفسه.

[موثقة عبد الله]

و يمكن التأييد له أيضا بموثقة عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن السمسار يشتری بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنك تأتی بما تشتری فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشتری ثم يأتی بالمتاع فيقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا ـ بأس الخبر بناء علی أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع علی صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه. و لا ينافی هذا الاحتمال فرض السمسار فی الرواية ممن يشتری بالأجر لأن وصفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله لا ـ بملاحظة هذه القضية الشخصية. و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له علی بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضی و يفسخه فيما كره و يحتمل أن يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد و يرد ما يكره و ليس فی مورد الرواية ظهور فی إذن صاحب الورق للسمسار علی وجه ينافی كونه فضوليا كما لا يخفی فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و حكم الإمام ع بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم علی جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة علی عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصی سيده. و حاصله أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجی زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالی. و أما المانع الذی يرجی زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضی أولا و يرضی ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه

[مختار المؤلف الصحة]

هذا غاية ما يمكن أن يحتج و يستشهد به للقول بالصحة و بعضها و إن كان مما يمكن الخدشة فيه إلا أن فی بعضها الآخر غنی و كفاية

و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب

فقوله تعالی لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد علی أن غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير

المكاسب، ج ۲، ص ۱۲۷

مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا و من المعلوم أن الفضولی غير داخل فی المستثنی و فيه أن دلالته علی الحصر ممنوعة لانقطاع

الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه. و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه. و فى قوله تعالى وَ رَبائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مع احتمال أن يكون عن تراض خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدا لها و إن كانت غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل تجارة و يكون عن تراض و من المعلوم أن السبب الموجب لحل الأكل فى الفضولى إنما نشأ عن التراضى مع أن الخطاب لملاك الأموال و التجارة فى الفضولى إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة فتجارته عن تراض. و قد حكى عن المجمع أن مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم أن معنى التراضى بالتجارة إمضاء البيع بالتصرف أو التخاير بعد العقد و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبرا بعد خبر

و أما السنة

اشارة

فهى أخبار منها النبوى المستفيض: و هو قوله ص لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك- فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه لعدم تملكه فيكون مساوقا للنبوى الآخر: لا بيع إلا فيما يملك بعد قوله ص لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق إلا فيما يملك و لما ورد فى توقيع العسكرى ع إلى الصفار: لا يجوز بيع ما ليس يملك و ما عن الحميرى أن مولانا عجل الله فرجه كتب فى جواب بعض مسائله: أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره أو رضا منه و ما فى الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد: فى أرض بفم النيل اشتراها رجل و أهل الأرض يقولون هى أرضنا و أهل الأستان يقولون هى أرضنا فقال لا تشترها إلا برضا أهلها و ما فى الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل: فى رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها قال قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه

[المناقشة فى الاستدلال بالروايات

و الجواب عن النبوى أولا أن الظاهر من الموصول هى العين الشخصية للإجماع و النص على جواز بيع الكلى و من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين و حينئذ فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته و إما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكه قال لأنه ص ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشىء فيمضى و يشتريه و يسلمه فإن هذا البيع غير جائز و لا نعلم فيه خلافا للنهى المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها انتهى. و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآتيتين فى بيع الفضولى لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافى أهليته لتعقب الإجازة من المالك. و بعبارة أخرى نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك فى وقوعه له و هذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به كما سيجىء. و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز. و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله لا بيع إلا فى ملك فإن الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه و أن النفى راجع إلى نفى الصحة فى حقه لا فى حق المالك مع أن العموم لو سلم وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. و أما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح و ليس فيهما ما يدل و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. و أما الحصر فى صحيحة ابن مسلم و التوقيع فإنما هو فى مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال فيهما. و توضيحه أن النهى فى مثل المقام و إن كان يقتضى الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه. و من المعلوم أن عقد الفضولى لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه و لذا

یطلق علیه الباطل فی عباراتهم كثیرا و لذا عد فی الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدین أعنی شروط الصحۀ كون العاقد مالكا أو قائما مقامه و إن أبیت إلا عن ظهور الروایتین فی لغویۀ عقد الفضولی رأسا وجب تخصیصهما بما تقدم من أدلۀ الصحۀ. و أما روایۀ القاسم بن فضیل فلا دلالۀ فیها إلا علی عدم جواز إعطاء الثمن للفضولی لأنه باع ما لا یملك و هذا حق لا ینافی صحۀ الفضولی. و أما توقیع الصفار فالظاهر منه نفی جواز البیع فیما لا یملك بمعنی وقوعه للبائع علی جهۀ الوجوب و اللزوم و یؤیده تصریحه ع بعد تلك الفقرۀ بوجوب البیع فیما یملك فلا دلالۀ علی عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز. و بالجملۀ فالإنصاف أنه لا دلالۀ فی تلك الأخبار بأسرها علی عدم وقوع بیع غیر المالك للمالك إذا أجاز و لا تعرض فیها إلا لنفی وقوعه للعاقد.

الثالث الإجماع علی البطلان

ادعاه الشیخ فی الخلاف معترفا بأن الصحۀ مذهب قوم من أصحابنا معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم و ادعاه ابن زهرۀ أیضا فی الغنیۀ و ادعی الحلی فی باب المضاربۀ عدم الخلاف فی بطلان شراء الغاصب إذا اشتری بعین المغصوب و الجواب عدم الظن بالإجماع بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقدیمین و المفید و المرتضی و الشیخ بنفسه فی النهایۀ التی هی آخر مصنفاته علی ما قیل و أتباعهم إلی الصحۀ و أتباع المتأخرین علیه عدا فخر الدین و بعض متأخری المتأخرین.

الرابع ما دل من العقل و النقل علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر إلا بإذنه

اشارۀ

فإن الرضا اللاحق لا ینفع فی رفع القبح الثابت حال التصرف ففی التوقیع المروی فی الاحتجاج: لا یجوز لأحد أن یتصرف فی مال غیره إلا بإذنه و لا ریب أن بیع مال الغیر تصرف فیه عرفا.

[المناقشۀ فی دلیل العقل

و الجواب أن العقد علی مال الغیر متوقعا لإجازته غیر قاصد لترتب الآثار علیها لیس تصرفا فیه. نعم لو فرض كون العقد علۀ تامۀ و لو عرفا لحصول الآثار كما فی بیع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازا و

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۸

منعا حكم معلولۀ المترتب علیه ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه- مثل الاستضاءۀ و الاصطلاء بنور الغیر و ناره مع أنه قد یفرض الكلام فیما إذا علم الإذن فی هذا من المقال أو الحال بناء علی أن ذلك لا یخرجه عن الفضولی مع أن تحریمه لا یدل علی الفساد مع أنه لو دل لدل علی بطلان البیع بمعنی عدم ترتب الأثر علیه و عدم استقلاله فی ذلك و لا ینكره القائل بالصحۀ خصوصا إذا كانت الإجازۀ ناقلۀ. و مما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولی قاصدا لترتیب الأثر من دون مراجعۀ المشتری بناء علی أن العقد المقرون بهذا القصد قبیح محرم لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

و قد یستدل للمنع بوجوه أخر ضعیفۀ

أقواها أن القدرۀ علی التسلیم معتبرۀ فی صحۀ البیع و الفضولی غیر قادر و أن الفضولی غیر قاصد حقیقۀ إلی مدلول اللفظ كالمكره كما صرح فی المسالك. و یضعف الأول مضافا إلی أن الفضولی قد یكون قادرا علی إرضاء المالك بأن هذا الشرط غیر معتبر فی العاقد قطعا بل یكفی تحققه فی المالك فحینئذ یشترط فی صحۀ العقد مع الإجازۀ قدرۀ المجیز علی تسلیمه و قدرۀ المشتری علی تسلیمه علی ما سیجیء. و یضعف الثانی بأن المعتبر فی العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فی الفضولی و المكره لا أزید منه

بدلیل الإجماع علی صحة نکاح الفضولی و بیع المکره بحق فإن دعوی عدم اعتبار القصد فی ذلک للإجماع کما تری.

المسألة الثانیة أن یسبقه منع من المالک

و المشهور أیضا صحته

و حکی عن فخر الدین أن بعض المجوزین للفضولی اعتبر عدم سبق نهی المالک و یلوح إلیه ما عن التذکرة فی باب النکاح من حمل النبوی: أیما عبد تزوج بغیر إذن مولاه فهو عاهر بعد تضعیف السند علی أنه إن نکح بعد منع مولاه و کراهته فإنه یقع باطلا و الظاهر أنه لا یفرق بین النکاح و غیره. و یظهر من المحقق الثانی حیث حمل فساد بیع الغاصب نظرا إلی القرینة الدالة علی عدم الرضا و هی الغصب و کیف کان فهذا القول لا وجه له ظاهرا عدا تخیل أن المستند فی عقد الفضولی هی روایة عروة المختصة بغیر المقام و أن العقد إذا وقع منهیا عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما کاف فی الرد فلا ینفع الإجازة اللاحقة بناء علی أنه لا یعتبر فی الرد سوی عدم الرضا الباطنی بالعقد علی ما یقتضیه حکم بعضهم بأنه إذا حلف الموکل علی نفی الإذن فی اشتراء الوکیل انفسخ العقد لأن الحلف علیه أمارة عدم الرضا

[مختار المؤلف و دلیله

هذا و لکن الأقوی عدم الفرق لعدم انحصار المستند حینئذ فی روایة عروة و کفایة العمومات مضافا إلی ترک الاستفصال فی صحیحة محمد بن قیس و جریان فحوی أدلة نکاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فیها و لو بشاهد الحال بین الموالی و العبید مع أن روایة إجازته صریحة فی عدم قدح معصیة السید حینئذ مع جریان المؤیدات المتقدمة له من بیع مال الیتیم و المغصوب و مخالفة العامل لما اشترط علیه رب المال الصریح فی منعه عما عداه. و أما ما ذکره من المنع الباقی بعد العقد و لو آنا ما فلم یدل دلیل علی کونه فسخا لا ینفع بعده الإجازة. و ما ذکره فی حلف الموکل غیر مسلم و لو سلم فمن جهة ظهور الإقدام علی الحلف علی ما أنکره فی رد البیع و عدم تسلیمه له. و مما ذکرنا یظهر وجه صحة عقد المکره بعد الرضا و أن کراهة المالک حال العقد و بعد العقد لا تقدح فی صحته إذا لحقه الإجازة.

المسألة الثالثة أن یبیع الفضولی لنفسه

اشارة

و هذا غالبا یکون فی بیع الغاصب و قد یتفق من غیره بزعم ملکیة المبیع کما فی مورد صحیحة الحلبی المتقدمة فی الإقالة بوضیعة

[الأقوی الصحة و الدلیل علیه

و الأقوی فیه الصحة وفاقا للمشهور للعمومات المتقدمة بالتقریب المتقدم و فحوی الصحة فی النکاح و أکثر ما تقدم من المؤیدات مع ظهور صحیحة ابن قیس المتقدمة

[الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه

اشارة

و لا ـ وجه للفرق بينه و بين مـا تقـدم من الفضولى للمالـك إلا ـ وجوه تظهر من كلمات جماعـة بعضـها مختص ببيع الغاصب و بعضـها مشترك بين جميع صور المسألة

منها إطلاق ما تقدم من النبويين:

لا تبع ما ليس عنـدك و: لا بيع إلا فى ملك بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه. و الجواب عنه يعرف مما تقـدم من أن مضمونهما عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك بلا تعرض فيهما لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك

و هـذا غالبا مفقود فى المغصوب و قـد تقـدم عن المحقق الكركى أن الغصب قرينـة عدم الرضا و فيه أولا أن الكلام فى الأعم من بيع الغـاصب. و ثانيـا أن الغصب أمارة عـدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا فقـد يرضـى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملك الثمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء. و ثالثا قد عرفت أن سـبق منع المالك غير مؤثر.

و منها أن الفضولى إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة

إذ لا ـ يعقل دخول أحـد العوضـين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضـة الحقيقيـة غير متصورة فحقيقته ترجع إلى إعطاء المبيع و أخـذ الثمن لنفسه و هـذا ليس بيعـا و الجواب عن ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب- أن قصـد المعاوضـة الحقيقيـة مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و إن كان هـذا الجعل لا حقيقـة له لكن المعاوضـة المبنيـة على هـذا الأمر غير الحقيقى حقيقيـة نظير المجـاز الادعـائى فى الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيـة المثمن و لا اعتقاد له كانت المعاملـة باطلـة غير واقعـة له و لا للمالك لعـدم تحقق معنى المعاوضـة و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شـيئا بطل و لم يقع له و لا لغيره و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه و قد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه و قـد عرفت أن عكسه هو مـا إذا قصـد تملـك الثمن من دون بنـاء و لا ـ اعتقـاد لتملك المثمن لأن مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

و منها أن الفضولى إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافيا لصحة العقد

لأن معناها هو صـيرورة الثمن لمالك المثمن بإجازته و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مسـتأنف لا إمضاء النقل الفضولى فيكون النقـل من المنشـئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و قـد أجاب عن هـذا المحقق القمى رحمه الله فى بعض أجوبـة مسائله بأن الإجازة فى هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۹

و وقوع البيع عنه و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئا ثم ملكه. و قد صرح فى موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذى قصد إلى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشترى العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى فيكون عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال فى الإجازة و فيه أن الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشترى لأن المفروض عدم رضا المشترى ثانيا بالمذكور و لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره فى مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز فالمشترى إنما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة إلى قبول المشترى ثانيا فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشترى و هذا خلاف الإجماع و العقل. و أما القول بكون الإجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم- و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع فهو [بيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدم من المشترى و هذا لا يجرى فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشترى تمليك الثمن للبائع و تملك المبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشترى و إنشائه و هذا ما ذكرناه من أنه خلاف الإجماع و العقل فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجيز. و توضيحه أن البائع الفضولى إنما قصد تمليك المثمن للمشترى بإزاء الثمن و أما كون الثمن مالا له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض فى ملك مالك المعوض تحقيقا لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث إن البائع يملك المثمن بانيا على تملكه له و تسلطه عليه عدوانا أو اعتقادا لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه و هذا معنى قصد بيعه لنفسه و حيث إن المثمن ملك لمالكه واقعا فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ فى مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر فى هذا المقام بين المحذورين المذكورين بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثمن بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه المعوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل تملكت منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولى للثوب فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه فلا بد من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأه الفضولى الغاصب. و بالجملة فنسبة المتكلم الفضولى تملك المثمن إلى نفسه بقوله ملكت أو تملكت كإيقاع المتكلم الأصلى التمليك على المخاطب الفضولى بقوله ملكتك هذا بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك و بهذا استشكل العلامة رحمه الله عليه فى التذكرة حيث قال لو باع الفضولى مع جهل الآخر فإشكال من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصليا أو نائبا و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا و ليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا فإذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا أو أصليا أما الفضولى فهو أجنبى عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار و قد تفطن بعض المعاصرين لهذا الإشكال فى بعض كلماته فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة فى المسألة كما اعترف به أخيرا و أخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملك المشترى الغاصب للمثمن مأخوذة فيها و فيه أن حقيقة العقد فى العبارة التى ذكرنا فى الإشكال أعنى قول المشترى الغاصب تملكت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلى له بل يتوقف على نقل مستأنف. فالأنسب فى التفصى أن يقال إن نسبة الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملكت منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و

لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا- يكون إلا- إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم تتحقق

المعاوضة و المبادلة حقيقة فإذا قال الفضولی الغاصب المشتری لنفسه تملكت منک كذا و كذا فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث إن الثابت للشیء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن إلا أن الفضولی لما بنی على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثمن الذی هو بدل الثمن إلى نفسه فالإجازة الحاصلة من المالک متعلقة بإنشاء الفضولی و هو التملک المسند إلی مالک الثمن و هو حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلک انتقال المثمن إليه هذا مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة للعقد الفضولی- موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولی- ذكره شيخ مشايخنا فی شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فی ذلک وجهين أحدهما أن قضية بيع مال الغير عن نفسه أو الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلک المال له ضمنا حتى أنه على فرض صحة ذلک البيع أو الشراء تملكه قبل آن انتقاله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال أعتق عبدک عنی أو قال بع مالی عنک أو اشتر لک بمالی كذا فهو تمليک ضمنی حاصل ببيعه أو الشراء. و نقول فی المقام أيضا إذا أجاز المالک صح البيع أو الشراء و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلک تقضی بحصول الانتقال الذی يتضمنه البيع الصحيح فتلک الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق

المکاسب، ج۲، ص ۱۳۰

قاضية بتملكه المبيع ليقع البيع فی ملكه و لا مانع منه. الثانی أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد فی انتقال بدله إليه بل يكفی أن يكون مأذونا فی بيعه لنفسه أو الشراء به فلو قال بع هذا لنفسک أو اشتر لک بهذا ملک الثمن فی الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتری و كذا ملک المثمن فی الصورة الثانية و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلک فسخ المعاوضة رجع الملک إلى مالكه دون العاقد. أقول و فی كلا الوجهين نظر أما الأول فلأن صحة الإذن فی بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة كما تقدم فی بعض فروع المعاطاة مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق لأن الإذن فی البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملک آنا ما قبل البيع بخلاف الإجازة فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا و المفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر. نعم لما بنی هو على ملكية ذلک المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البدل إليه فالإجازة من المالک إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البدل فی ملک المجيز و إن رجعت إلى المبادلة منضمة إلى بناء العاقد على تملک المال فهی و إن أفادت دخول البدل فی ملک العاقد إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنی عليه العاقد من التملک و إمضائه له إذ بعد إمضائه يقع البيع فی ملک العاقد فيملک البدل إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة فی تأثير ذلک البناء فی تحقق متعلقة شرعا بل الدليل على عدمه لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن لأن الإذن فی التمليک لا يؤثر التملک فكيف إجازته. و أما الثانی فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التی هی المبادلة و لذا صرح العلامة رحمه الله فی غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور و أخرى بأنه لا يعقل أن يشتری الإنسان لنفسه بمال غيره شيئا بل ادعى بعضهم فی مسألة قبض المبيع عدم الخلاف فی بطلان قول مالک الثمن اشتر لنفسک به طعاما و قد صرح به الشيخ و المحقق و غيرهما. نعم سيأتی فی مسألة جواز تتبع العقود للمالک مع علم المشتری بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن و أن لم يملكه فإذا اشترى به شيئا ملكه و ظاهر هذا إمكان أن لا يملک الثمن و يملک المثمن المشتری إلا أن يحمل ذلک منهم على التزام تملک البائع الغاصب للمثمن مطلقا- كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب أو آنا ما قبل أن يشتری به شيئا تصحيحا للشراء و كيف كان فالأولى فی التفصی عن الإشكال المذكور فی البيع لنفسه ما ذكرنا

ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملک العوض حقيقة إنما هو إلى مالک المعوض لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر فی صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتری الأصيل و هو أن المشتری الأصيل إذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب على ما حكی عنهم بأن المالک لو رد فليس للمشتری الرجوع على البائع بالثمن و

هـذا کـاشف عن عـدم تحقق المعاوضـة الحقیقیـة و إلا لکان ردها موجبا لرجوع کل عوض إلی مالکه و حینئـذ فإذا أجاز المالک لم یملـک الثمن لسـبق اختصـاص الغـاصب به فیکون البیع بلاـ ثمن و لعل هـذا هو الوجه فی إشـکال العلامـة فی التـذکرة حیث قال بعد إشکال فی صحة بیع الفضولی مع جهل المشتری أن الحکم فی الغاصب مع علم المشتری أشکل انتهی أقول هذا الإشکال بناء علی تسلیم ما نقل عن الأصحاب من أنه لیس للمشتری استرداد الثمن مع رد المالک و بقائه و بعد تسلیم أن الوجه فی حکمهم ذلک هو مطلق التسلیط علی تقدیری الرد و الإجازة لأن التسلیط المراعی بعدم إجازة البیع إنما یتوجه علی القول بالنقل حیث إن تسلیط المشتری للبائع علی الثمن قبل انتقاله إلی مالک المبیع بالإجازة فلا یبقی مورد للإجازة. و أما علی القول بالکشف فلا یتوجه إشکال أصلا لأن الرد کاشف عن کون تسلیط المشتری تسلیطا له علی مال نفسه و الإجازة کاشفة عن کونه تسلیطا له علی ما یملکه غیره بالعقد السابق علی التسلیط الحاصل بالإقباض و لذا لو لم یقبضه الثمن حتی أجاز المالک أورد لم یکن للغاصب انتزاعه من ید المشتری أو المالک و سیأتی فی مسألة جواز تتبع العقود للمالک تتمة لذلک فانتظر ثم اعلم أن الکلام فی صحة بیع الفضولی لنفسه غاصبا کان أو غیره إنما هو فی وقوعه للمالک إذا أجاز و هو الذی لم یفرق المشهور بینه و بین الفضولی البائع للمالک لا لنفسه. و أما الکلام فی صحة بیع الفضولی و وقوعه لنفسه إذا صار مالکا للمبیع و أجاز سواء باع لنفسه أو للمالک فلا دخل له بما نحن فیه لأن الکلام هنا فی وقوع البیع للمالک و هناک فی وقوعه للعاقد إذا ملک و من هنا یعلم أن ما ذکره فی الریاض من أن بیع الفضولی لنفسه باطل و نسب إلی التذکرة نفی الخلاف فیه فی غیر محله إلا أن یرید ما ذکرناه و هو خلاف ظاهر کلامه.

بقی هنا أمران

الأول أنه لا فرق علی القول بصحة بیع الفضولی بین کون مال الغیر عینا أو دینا أو فی ذمة الغیر

و منه جعل العوض ثمنا أو مثمنا فی ذمة الغیر ثم إن تشخیص ما فی الذمة الذی یعقد علیه الفضولی- إما بإضافة الذمة إلی الغیر بأن یقول بعت کرا من طعام فی ذمة فلان بکذا أو بعت هذا بکذا فی ذمة فلان و حکمه أنه لو أجاز فلان یقع العقد له و إن رد بطل رأسا و إما بقصده العقد له فإنه إذا قصده فی العقد تعین کونه صاحب الذمة لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضین فی ملک غیر من خرج عنه الآخر إلا علی احتمال ضعیف تقدم عن بعض فکما أن تعیین العوض فی الخارج یعنی عن قصد من وقع له العقد کذلک قصد من وقع له العقد یغنی عن تعیین الثمن الکلی بإضافته إلی ذمة شخص خاص و حینئذ فإن أجاز من قصد مالکیته وقع العقد و إن رد فمقتضی القاعدة بطلان العقد واقعا- لأن مقتضی رد العقد بقاء کل عوض علی ملک صاحبه إذ المال مردد فی باب الفضولی بین مالکه الأصلی و بین من وقع له العقد- فلا معنی لخروجه عن ملک مالکه و تردده بین الفضولی و من وقع له العقد إذ لو صح وقوعه للفضولی لم یحتج إلی إجازة و وقع له إلا أن الطرف الآخر لو لم یصدقه علی هذا القصد و حلف علی نفی العلم حکم له علی الفضولی لوقوع العقد له ظاهرا کما عن المحقق و فخر الإسلام و المحقق الکرکی و السیوری و الشهید

المکاسب، ج۲، ص ۱۳۱

الثانی. و قد یظهر من إطلاق بعض الکلمات کالقواعد و المبسوط وقوع العقد له واقعا و قد نسب ذلک إلی جماعة فی بعض فروع المضاربة حیث عرفت أن قصد البیع للغیر- أو إضافته إلیه فی اللفظ یوجب صرف الکلی إلی ذمة ذلک الغیر کما أن إضافة الکلی إلیه توجب صرف البیع أو الشراء إلیه و إن لم یقصده أو لم یضفه إلیه ظهر من ذلک التنافی بین إضافة البیع إلی غیره و إضافة الکلی إلی نفسه أو قصده من غیر إضافة و کذا بین إضافة البیع إلی نفسه و إضافة الکلی إلی غیره فلو جمع بین المتنافیین بأن قال اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمتی أو اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمة فلان ففی الأول یحتمل البطلان لأنه فی حکم شراء شیء للغیر بعین ماله و یحتمل إلغاء أحد القیدین و تصحیح المعاملة لنفسه أو لغیره و فی الثانی یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغیر فیقع للغیر

بعد إجازته لکن بعد تصحیح المعاوضة بالبناء علی التملک فی ذمة الغیر اعتقادا و یحتمل الصحة بإلغاء قید ذمة الغیر لأن تقیید الشراء أولا بکونه لنفسه یوجب إلغاء ما ینافیه من إضافة الذمة إلی الغیر و المسألة تحتاج إلی تأمل. ثم إنه قال فی التذکرة لو اشتری فضولیا فإن کان بعین مال الغیر فالخلاف فی البطلان أو الوقف علی الإجازة إلا أن أبا حنیفة قال یقع للمشتری بکل حال و إن کان فی الذمة لغیره و أطلق اللفظ. قال علماؤنا یقف علی الإجازة فإن أجازه صح و لزمه أداء الثمن و إن رد نفذ عن المباشر. و به قال الشافعی فی القدیم و أحمد و إنما یصح الشراء لأنه تصرف فی ذمته لا فی مال غیره و إنما توقف علی الإجازة لأنه عقد الشراء له فإن أجازه لزمه و إن رده لزم لمن اشتراه و لا فرق بین أن ینقد من مال الغیر أو لا. و قال أبو حنیفة یقع عن المباشر و هو جدید للشافعی انتهی و ظاهره الاتفاق علی وقوع الشراء مع الرد للمشتری واقعا کما یشعر به تعلیله بقوله لأنه تصرف فی ذمته لا فی مال الغیر لکن أشرنا سابقا إجمالا إلی أن تطبیق هذا علی القواعد مشکل لأنه إن جعل المال فی ذمته بالأصالة فیکون ما فی ذمته کعین ماله فیکون کما لو باع عین ماله لغیره. و الأوفق بالقواعد فی مثل هذا إما البطلان لو عمل بالنیة بناء علی أنه لا یعقل فی المعاوضة دخول عوض مال الغیر فی ملک غیره قهرا و إما صحته و وقوعه لنفسه لو ألغیت النیة بناء علی انصراف المعاملة إلی مالک العین قهرا و إن نوی خلافه و إن جعل المال فی ذمته لا من حیث الأصالة بل من حیث جعل نفسه نائبا عن الغیر فضولا فمع الإشکال فی صحة هذا لو لم یرجع إلی الشراء فی ذمة الغیر أن اللازم من هذا أن الغیر إذا رد هذه المعاملة و هذه النیابة تقع فاسدة من أصلها لا أنها تقع للمباشر. نعم إذا عجز المباشر من إثبات ذلک علی البائع لزمه ذلک فی ظاهر الشریعة کما ذکرنا سابقا و نص علیه جماعة من باب التوکیل و کیف کان فوقوع المعاملة فی الواقع مرددة بین المباشر و المنوی دون التزامه خرط القتاد و یمکن تنزیل العبارة علی الوقوع للمباشر ظاهرا لکنه بعید.

الثانی الظاهر أنه لا فرق فیما ذکرنا من أقسام بیع الفضولی بین البیع العقدی و المعاطاة

بناء علی إفادتها للملک إذ لا فارق بینها و بین العقد فإن التقابض بین الفضولیین أو فضولی و أصیل إذا وقع بنیة التملیک و التملک فأجازه المالک فلا مانع من وقوع المجاز من حینه أو من حین الإجازة فعموم مثل قوله تعالی وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ شامل و یؤیده روایة عروة البارقی حیث إن الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة و توهم الإشکال فیه من حیث إن الإقباض الذی یحصل به التملیک محرم لکونه تصرفا فی مال الغیر فلا یترتب علیه أثر فی غیر محله إذ قد لا یحتاج إلی إقباض مال الغیر کما لو اشتری الفضولی لغیره فی الذمة مع أنه قد یقع الإقباض مقرونا برضا المالک- بناء علی ظاهر کلامهم من أن العلم بالرضا لا یخرج المعاملة عن معاملة الفضولی مع أن النهی لا یدل علی الفساد- مع أنه لو دل لدل علی عدم ترتب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض فی السببیة فلا ینافی کونه جزء سبب و ربما یستدل علی ذلک بأن المعاطاة منوطة بالتراضی و قصد الإباحة أو التملیک و هما من وظائف المالک و لا یتصور صدورهما من غیره و لذا ذکر الشهید الثانی أن المکره و الفضولی قاصدان للفظ دون المدلول و ذکر أن قصد المدلول لا یتحقق من غیر المالک و مشروطة أیضا بالقبض و الإقباض من الطرفین أو من أحدهما مقارنا للأمرین و لا أثر لهما إلا إذا صدرا من المالک أو بإذنه. و فیه أن اعتبار الإقباض و القبض فی المعاطاة عند من اعتبره فیها إنما هو لحصول إنشاء التملیک أو الإباحة فهو عندهم من الأسباب الفعلیة کما صرح الشهید فی قواعده و المعاطاة عندهم عقد فعلی و لذا ذکر بعض الحنفیة القائلین بلزومها أن البیع ینعقد بالإیجاب و القبول و بالتعاطی و حینئذ فلا مانع من أن یقصد الفضولی بإقباضه المعنی القائم بنفسه المقصود من قوله ملکتک و اعتبار مقارنة الرضا من المالک للإنشاء الفعلی دون القولی مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا و طیب النفس فی حل مال الغیر لا یخلو عن تحکم. و ما ذکره الشهید الثانی لا یجدی فیما نحن فیه لأنا لا نعتبر فی فعل الفضولی أزید من القصد الموجود فی قوله لعدم الدلیل و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فی العقد القولی أیضا إلا أن یقال إن مقتضی الدلیل ذلک- خرج عنه بالدلیل معاملة الفضولی إذا وقعت بالقول لکنک قد عرفت أن عقد الفضولی لیس علی خلاف القاعدة. نعم لو قلنا إن المعاملة لا یعتبر فیها قبض و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضی المالکین بملکیة کل منهما لمال صاحبه مطلقا أو مع وصولهما أو وصول أحدهما لم یعقل وقوعها من

الفضولی. نعم الواقع منه إیصال المال و المفروض أنه لا مدخل له فی المعاملهٔ فإذا رضی المالک بمالکیهٔ من وصل إلیه المال تحققت المعاطاهٔ من حین الرضا و لم یکن إجازهٔ لمعاطاهٔ سابقه لکن الإنصاف أن هذا المعنی غیر مقصود للعلماء فی عنوان المعاطاهٔ إنما قصدهم إلی العقد الفعلی هذا کله علی القول بالملک. و أما علی القول بالإباحهٔ فیمکن القول ببطلان الفضولی لأن إفادهٔ المعاملهٔ المقصود بها الملک الإباحهٔ خلاف القاعدهٔ فیقتصر فیها علی صورهٔ تعاطی المالکین مع أن حصول الإباحهٔ قبل الإجازهٔ غیر ممکن و الآثار الأخر مثل بیع المال علی القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فی غیر زمان الإباحهٔ الفعلیهٔ لم تؤثر أثرا فإذا أجاز حدث

المکاسب، ج۲، ص ۱۳۲

الإباحهٔ من حین الإجازهٔ اللهم إلا أن یقال بکفایهٔ وقوعها مع الإباحهٔ الواقعیهٔ إذا کشف عنها الإجازهٔ فافهم

القول فی الإجازهٔ و الرد

أما الکلام فی الإجازهٔ

اشارهٔ

فیقع تارهٔ فی حکمها و شروطها و أخری فی المجیز و ثالثهٔ فی المجاز

أما حکمها

[هل الإجازهٔ کاشفهٔ أم ناقلهٔ]

[هل الإجازهٔ کاشفهٔ أم ناقلهٔ]

فقد اختلف القائلون بصحهٔ الفضولی بعد اتفاقهم علی توقفها علی الإجازهٔ فی کونها کاشفهٔ بمعنی أنه یحکم بعد الإجازهٔ بحصول آثار العقد من حین وقوعه حتی کأن الإجازهٔ وقعت مقارنهٔ للعقد أو ناقلهٔ بمعنی ترتب آثار العقد من حینها حتی کأن العقد وقع حال الإجازهٔ علی قولین

[الأکثر علی الکشف و استدلالهم علیه

اشارهٔ

[الأکثر علی الکشف و استدلالهم علیه

فالأکثر علی الأول و استدل علیه کما عن جامع المقاصد و الروضهٔ بأن العقد سبب تام فی الملک لعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فی الفضولی إنما یعلم بالإجازهٔ فإذا أجاز تبین کونه تاما یوجب ترتب الملک علیه و إلا لزم أن لا یکون الوفاء بالعقد خاصهٔ بل به مع شیء آخر و بأن الإجازهٔ متعلقهٔ بالعقد فهی رضا بمضمونه و لیس إلا نقل العوضین من حینه

[ما استدل به فخر الدین للأکثر]

[ما استدل به فخر الدین للأکثر]

و عن فخر الدين فى الإيضاح الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود- لأن العقد حالها عدم انتهى.

[المناقشات التى يذكر على القول بالكشف

[المناقشات التى يذكر على القول بالكشف

و يرد على الوجه الأول أنه إن أريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامة للنقل إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب و لا يتبين كونه تاما إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون لها دخل فى تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الأثر قبله و منه يظهر فساد تقرير الدليل بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة إلا رضا المالك فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله. و دعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هى بحسب ما يقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم السبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقتها فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل العشائين لصوم اليوم الماضى على القول به مدفوعة بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعى و غيره و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى فهى كدعوى أن التناقض الشرعى بين الشيئين لا يمنع عن اجتماعهما لأن النقيض الشرعى غير العقلى. فجميع ما ورد مما يوهم ذلك أنه لا بد من التزام أن المتأخر ليس سببا أو شرطا بل السبب و الشرط هو الأمر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه بأن يقال إن الشرط تعقب الإجازة و لحوقها بالعقد و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلة اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه و هذا مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لأن المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس و أنه لا ينفع لحوقه فى حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك. و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقه للعقد فى المستقبل فالعلة التامة العقد الملحق به الإجازة و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كانت نفس الإجازة متأخرة عنه. و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشترى أن المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد و فيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة و يرد على الوجه الثانى أولا أن الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيد بكونه فى ذلك الحال بل هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه فى زمان و إنما الزمان من ضروريات إنشائه- فإن قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين و إن كان النقل المنشأ به واقعا فى ذلك الحين فالزمان ظرف للنقل لا قيد له فكما أن إنشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشئ فى ذلك الزمان فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنه ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضا بذلك كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب لأن الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به. و دعوى أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بأن سببيته للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه فإذا فرض مقتضاه مركبا من نقل فى زمان و رضا بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب و لأجل ما ذكرنا أيضا لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد فإن الفسخ نظير الإجازة و الرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد و هو النقل من حينه فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا فى العقد على وجه القيدية لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السر فى جميع ذلك ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا فجميع ما يتعلق بالعقد من الإمضاء و الرد و

الفسخ إنما يتعلق بنفس

المضمون دون المقيد بذلك الزمان. و الحاصل أنه لا إشكال فى حصول الإجازة بقول المالك رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله أو رضيت بانتقال مالى إلى زيد و غير ذلك من الألفاظ التى لا تعرض فيها لإنشاء الفضولى فضلا عن زمانه كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك. و من المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى و بتقرير آخر أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة فهى إما

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۳

شرط أو جزء سبب للملك. و بعبارة أخرى المؤثر هو العقد المرضى به و المقيد من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد و لا يكفى فى التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد. و ثانيا فلانا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط و لا جزء سبب و إنما هى من المالك محدثة للتأثير فى العقد السابق و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة لأن معنى إجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا لكن نقول لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أن المالك لا يصير عاقدا أو بمنزلته إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها و من المعلوم أن الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و مما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فإن الملك ملزوم لحلية التصرف فقبل الإجازة لا يحل التصرف خصوصا إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو تردده فى الفسخ و الإمضاء. و ثالثا سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع- لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى أعنى جعل العقد السابق جائزا ماضيا بتقريب أن يقال إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفى فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفى ترتب الآثار من حين العقد كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب فتأمل إذا المعنى على حقيقته غير معقول لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشىء عما وقع عليه فإذا دل الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه غير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة فإذا أجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشترى و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه. و الحاصل أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار و هذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات و ستأتى الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقى و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته و إلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال فى زمان العقد و لذا عنون العلامة رحمه الله فى القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله و فى زمان الانتقال إشكال فجعل النزاع فى هذه المسألة نزاعا فى زمان الانتقال-

[معانى الكشف

اشارة

[معانى الكشف

و قد تحصل مما ذكرنا أن كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة قال بكل منها قائل

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

و التزام كون الإجازة فيها شرطا متأخرا و لذا اعترض عليهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر.

الثانى الكشف الحقيقى

الثانى الكشف الحقيقى

و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث الكشف الحكمى

الثالث الكشف الحكمى

و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع إلا بعد الإجازة.

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمى. و أما الكشف الحقيقى مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه بالقواعد فى غاية الإشكال و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد و لم يرجحه المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه تبعا للمحكى عن كاشف الرموز و قواه فى مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام فى النكاح

[ظاهر صحيحة محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم

[ظاهر صحيحة محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم

هذا بحسب القواعد و العمومات. و أما الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف- كما صرح به فى الدروس و كذا الأخبار التى بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور فتحتمل الكشف الحكمى.

[ظاهر صحيحة أبى عبيدة هو الكشف الحقيقى

[ظاهر صحيحة أبى عبيدة هو الكشف الحقيقى

نعم صحيحة أبى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تدرك و تخلف ظاهره فى قول الكشف إذ لو كان مال و الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم. فإطلاق الحكم بالعزل منضما إلى عموم: الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المدركة وارثه فى الواقع فكأنه احتياط فى الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب

الحمل و جعله أکثر مما یحتمل.

بقی الکلام فی بیان الثمرة بین الکشف باحتمالاته و النقل

اشارة

بقی الکلام فی بیان الثمرة بین الکشف باحتمالاته و النقل
فنقول

أما الثمرة علی الکشف الحقیقی

أما الثمرة علی الکشف الحقیقی
بین کون نفس الإجازة شرطا و کون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له فقد یظهر فی جواز تصرف کل منهما فیما انتقل إلیه بإنشاء الفضولی إذا علم إجازة المالک فیما بعد.

و أما الثمرة بین الکشف الحقیقی و الحکمی

و أما الثمرة بین الکشف الحقیقی و الحکمی
مع کون نفس الإجازة شرطا فإنه یظهر فی مثل ما إذا وطئ المشتری الجاریة قبل إجازة مالکها فأجاز فإن الوطء علی الکشف الحقیقی حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لکشف الإجازة عن وقوعه فی ملکه و لو أولدها صارت أم ولد علی الکشف الحقیقی و الحکمی لأن مقتضی جعل الواقع ماضیا ترتب حکم وقوع الوطء فی الملک و یحتمل عدم تحقق الاستیلاد علی الحکمی لعدم تحقق حدوث الولد فی الملک و إن حکم بملکیته للمشتری بعد ذلک و لو نقل المالک أم الولد عن ملکه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل علی الکشف الحقیقی لانکشاف وقوعه فی ملک الغیر مع احتمال کون النقل بمنزلة الرد و بقی صحیحا علی الکشف الحکمی و علی المجیز
المکاسب، ج۲، ص ۱۳۴
قیمتها لأنه مقتضی الجمع بین جعل العقد ماضیا من حین وقوعه و بین مقتضی صحة النقل الواقع قبل حکم الشارع بهذا الجعل کما فی الفسخ بالخیار مع انتقال المتعلقة بنقل لازم. و ضابط الکشف الحکمی الحکم بعد الإجازة بترتب آثار ملکیة المشتری من حین العقد- فإن ترتب شیء من آثار ملکیة المالک قبل إجازته کإتلاف النماء و نقله و لم یناف الإجازة جمع بینه و بین مقتضی الإجازة بالرجوع إلی البدل و إن نافی الإجازة کإتلاف العین عقلا أو شرعا کالعتق فات محلها مع احتمال الرجوع إلی البدل و سیجیء

ثم إنهم ذکروا للثمرة بین الکشف و النقل مواضع

منها النماء

منها النماء
فإنه علی الکشف بقول مطلق لمن انتقل إلیه العین و علی النقل لمن انتقلت عنه و للشهید الثانی فی الروضة عبارة توجیه المراد منها کما فعله بعض أولی من توجیه حکم ظاهرها کما تکلفه آخر.

و منها أن فسخ الأصیل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له علی القول بالنقل دون الکشف

و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف
بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل لفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيا لإنشائه السابق بخلاف ما لو جعلت كاشفة فإن العقد تام من طرف الأصيل غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه و هذا مبنى على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض فى الهبة و الوقف و الصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الإبطال على القول بالنقل معللا بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشترى فيه و فيه أن الكلام فى أن عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد فى وجود المسبب فالأولى فى سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود و لزومها و لا يخلو من إشكال.

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه
بناء على النقل- و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه فلو باع جارية من فضولى جاز له وطؤها و إن استولدها صارت أم ولد لأنها ملكه و كذا لو زوجت نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير فلو حصلت الإجازة فى المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا. و الحاصل أن الفسخ القولى و إن قلنا إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا أن له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة فينفسخ العقد بنفسه بذلك و ربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا و لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حق الأصيل و إن لم يجب فى الطرف الآخر و هو الذى يظهر من المحقق الثانى فى مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف فى العين لإمكان الإجازة و لا سيما على القول بالكشف انتهى. و فيه أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل فى العقد شرطا أو شطرا فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين لأن المأمور به بالوفاء هو العقد المقيد الذى لا يوجد إلا بعد القيد و هذا كله على النقل و أما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثانى و ظاهر غيرهم و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدح فى السلطنة الثابتة له و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه قال نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف انتهى. أقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك و من هنا يظهر أنه لا فائدة فى أصالة عدم الإجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالإجازة لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين. و أما على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقق فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الأصيل كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى. و الحاصل أنه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شىء شرطا أو شطرا حرمة نقضه على الأصيل مطلقا فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز و من هنا تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه لأن مقتضى العقد مبادلة المالين فحرمة التصرف فى ماله مع حرمة التصرف فى عوضه تنافى مقتضى العقد أعنى المبادلة. توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطى عنه و هذا لا يدل إلا على حرمة التصرف فى ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل و أما دخول البدل فى ملكه فليس مما التزمه على نفسه

بـل مما جعله لنفسه و مقتضـی الوفاء بالعقـد حرمـة رفع اليـد عما التزم علی نفسه و أما قيـد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام علی نفسه و إن كان داخلا فی مفهوم المبادلة فلو لم يتصرف فی مال صاحبه لم يكن ذلك نقضا للمبادلة فالمرجع فی هذا التصرف فعلا و تركا إلی ما يقتضـيه الأصل و هی أصالـة عـدم الانتقال. و دعوی أن الالتزام المـذكور إنما هو علی تقـدير الإجازة و دخول البـدل فی ملكه فالالتزام معلق علی تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق علی شـرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فی المال المنذور قبل تحقق الشـرط إذا لم يعلم بتحققه فكمـا أن التصـرف حينئـذ لا يعـد حنثا فكـذا التصـرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الإجازة لا يعد نقضا لما التزمه إذ لم يلتزمه فی الحقيقـة إلا معلقا مدفوعـة بعـد تسليم جواز التصـرف فی مسألة النذر المشـهورة بالإشـكال بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٥

معلق علی الإجازة و إنما التزم بالمبادلـة متوقعا للإجازة فيجب عليه الوفاء به و يحرم عليه نقضه إلی أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة أو ينتقض إلزامه برد المالك و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصـرفات منافيا لما التزمه الأصيل علی نفسه دون غيرهـا. قـال فی القواعـد فی باب النكاح و لو تولی الفضولی أحـد طرفی العقـد ثبت فی حق المباشـر تحريم المصاهرة فإن كان زوجا حرمت عليه الخامسـة و الأـخت و الأـم و البنت إلاـ إذا فسـخت علی إشـكال فی الأـم و فی الطلاـق نظر لترتبه علی عقـد لازم فلا يقع المصاهرة و إن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ و الطلاق هنا معتبر انتهی. و عن كشف اللثام نفی الإشـكال و قد صـرح أيضا جماعـة بلزوم النكاح المـذكور من طرف الأصـيل و فرعوا عليه تحريـم المصاهرة و أما مثل النظر إلی المزوجـة فضولا و إلی أمها مثلا و غيره مما لا يعـد تركه نقضا لما التزم العاقـد علی نفسه فهو باق تحت الأصول لأن ذلك من لوازم علاقـة الزوجيـة غير الثابتة بل المنفيـة بالأصـل فحرمـة نقض العاقـد لما عقـد علی نفسه لا تتوقف علی ثبوت نتيجـة العقـد أعنی علاقـة الملك أو الزوجيـة بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

ثم إن بعض متأخری المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن أن يقال عليها منها ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطری أو غيره مع كون المبيع عبدا مسـلما أو مصـحفا فيصح حينئذ علی الكشف دون النقـل و كـذا لو انسـلخت قابليـة المنقول- بتلف أو عروض نجاسـة له مع ميعـانه إلی غير ذلـك و فی مقـابله مـا لو تجـددت القابليـة قبل الإجازة بعـد انعـدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صـلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فيما قارن العقد فقـد الشـرط ثم حصل و بالعكس و ربما يعترض علی الأول بإمكان دعوی ظهور الأدلـة- فی اعتبار اسـتمرار القابلية إلی حين الإجازة علی الكشف فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مسـتمرا إلی حين الإجازة. و فيه أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية و لاـ اسـتمرار التملـك المكشوف عنه بالإجـازة إلی حينهـا كمـا لو وقعت بيوع متعـددة علی مال فإنهم صـرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا و كما يشعر به بعض أخبار المسألة المتقدمة حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة مضافا إلی فحوی خبر تزويج الصغيرين الذی يصلح لما ذكر فی الثمرة الثانية أعنی خروج المنقول عن قابليـة تعلق إنشاء عقـد أو إجازة به لتلف و شـبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضـين فی فوات أحد ركنی العقد مضافا إلی إطلاق روايـة عروة حيث لم يسـتفصل النبی ص عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه نعم ما ذكره أخيرا من تجـدد القابليـة بعـد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة لبطلان العقد ظاهرا علی القولين و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملة فباب المناقشة و إن كان واسـعا إلا أن الأرجح فی النظر ما ذكرناه و ربما يقال بظهور الثمرة فی تعلق الخيارات و حق الشفعة

و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الأيمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشترى و تظهر الثمرة أيضا فى العقود المترتبة على الثمن أو المثمن و سيأتى إن شاء الله.

و ينبغى التنبيه على أمور

الأول أن الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى

الأول أن الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى
و معنى الإجازة وضعا أو انصرافا بل فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففى صحتها وجهان.

الثانى أنه يشترط فى الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية

الثانى أنه يشترط فى الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية
كقوله أمضيت و أجزت و أنفذت و رضيت و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقى وقوعها بالكناية و ليس ببعيد إذا اتكل عليها عرفا و الظاهر أن الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف فى الثمن و منه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجىء و كتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا كما صرح به العلامة رحمه الله و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين و فى النسبة نظر و استدل عليه بعضهم بأنها كالبيع فى استقرار الملك و هو يشبه المصادرة و يمكن أن يوجه بأن الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ و من المعلوم أن النقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الإجازة. و فيه نظر بل لو لا شبهه الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النصوص فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا. و حكى عن آخرين أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها. و ذكر بعض أنه يكفى فى إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها. و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها بل المراد كفاية السكوت الظاهر فى الرضا و إن لم يفد القطع دفعا للحرج عليها و علينا ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبدا. و قد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالإجازة. و قد ورد فيمن زوجت نفسها فى حال السكر أنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضا منها و عرفت أيضا استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك فإذا حصل عمل السبب التام عمله. و بالجملة فدعوى الإجماع فى المسألة دونها خرط القتاد و حينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولى السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك فى حل
المكاسب، ج۲، ص ۱۳۶
ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه أقوى حجة فى المقام مضافا إلى ما ورد فى عدة أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه و ما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه طلق يدل على الرضا بالنكاح فيصير إجازة و على أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التى ترتفع بالرضا. و ما دل على أن التصرف من ذى الخيار رضا منه و

غیر ذلک. بقی فی المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ و کفایة مطلق الرضا أو الفعل الدال علیه فینبغی أن یقال بکفایة وقوع مثل ذلک مقارنا للعقد أو سابقا فإذا فرضنا أنه علم رضا المالک بقول أو فعل یدل علی رضاه ببیع ماله کفی فی اللزوم لأن ما یؤثر بلحوقه یؤثر بمقارنته بطریق أولی و الظاهر أن الأصحاب لا یلتزمون بذلک فمقتضی ذلک أن لا یصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد کان إذنا مخرجا للبیع عن الفضولی. و یؤید ذلک أنه لو کان مجرد الرضا ملزما کان مجرد الکراهة فسخا فیلزم عدم وقوع بیع الفضولی مع نهی المالک لأن الکراهة الحاصلة حینه و بعده و لو آنا ما تکفی فی الفسخ بل یلزم عدم وقوع بیع المکره أصلا إلا أن یلتزم بعدم کون مجرد الکراهة فسخا و إن کان مجرد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا یسبقها الرد

الثالث من شروط الإجازة أن لا یسبقها الرد

إذ مع الرد ینفسخ العقد فلا یبقی ما تلحقه الإجازة و الدلیل علیه بعد ظهور الإجماع بل التصریح به فی کلام بعض مشایخنا أن الإجازة إنما تجعل المجیز أحد طرفی العقد و إلا لم یکن مکلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فی حق العاقدین أو من قام مقامهما. و قد تقرر أن من شروط الصیغة أن لا یحصل بین طرفی العقد ما یسقطهما عن صدق العقد الذی هو فی معنی المعاهدة هذا مع أن مقتضی سلطنة الناس علی أموالهم تأثیر الرد فی قطع علاقة الطرف الآخر عن ملکه فلا یبقی ما تلحقه الإجازة فتأمل. نعم الصحیحة الواردة فی بیع الولیدة- ظاهرة فی صحة الإجازة بعد الرد اللهم إلا أن یقال إن الرد الفعلی کأخذ المبیع مثلا غیر کاف بل لا بد من إنشاء الفسخ. و دعوی أن الفسخ هنا لیس بأولی من الفسخ فی العقود اللازمة و قد صرحوا بحصوله فیها بالفعل یدفعها أن الفعل الذی یحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملک المبیع کالوطئ و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبیع. و بالجملة فالظاهر هنا و فی جمیع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقیب الفسخ فإن سلم ظهور الروایة فی خلافه فلتطرح أو تأول.

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالک علی ماله

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالک علی ماله

فموضوعها المالک فقولنا له أن یجیز مثل قولنا له أن یبیع و الکل راجع إلی أن له أن یتصرف فلو مات المالک لم یورث الإجازة و إنما یورث المال الذی عقد علیه الفضولی فله الإجازة بناء علی ما سیجیء من جواز مغایرة المجیز و المالک حال العقد فیمن باع مال أبیه فبان میتا و الفرق بین إرث الإجازة و إرث المال یظهر بالتأمل.

الخامس إجازة البیع لیست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبیع

الخامس إجازة البیع لیست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبیع

و لو أجازهما صریحا أو فهم إجازتهما من إجازة البیع مضت الإجازة لأن مرجع إجازة القبض إلی إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتری. و مرجع إجازة الإقباض إلی حصول المبیع فی ید المشتری برضا البائع فیترتب علیه جمیع الآثار المترتبة علی قبض المبیع لکن ما ذکرنا إنما یصح فی قبض الثمن المعین و أما قبض الکلی و تشخیصه فوقوعه من الفضولی علی وجه تصححه الإجازة یحتاج إلی دلیل معمم لحکم عقد الفضولی لمثل القبض و الإقباض و إتمام الدلیل علی ذلک لا یخلو عن صعوبة و عن المختلف أنه حکی عن الشیخ أنه لو أجاز المالک بیع الغاصب لم یطالب المشتری بالثمن ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض و علی أی حال فلو کانت إجازة العقد دون القبض لغوا کما فی الصرف و السلم بعد قبض الفضولی و التفرق کانت إجازة العقد إجازة لقبض صونا للإجازة عن اللغویة و لو قال أجزت العقد دون القبض ففی بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان.

السادس الإجازة لیست علی الفور

السادس الإجازة لیست علی الفور
للعمومات و لصحیحة محمد بن قیس و أکثر المؤیدات المذکورة بعدها و لو لم یجز المالک و لم یرد حتی لزم تضرر الأصیل بعدم تصرفه فیما انتقل عنه و إلیه علی القول بالکشف- فالأقوی تدارکه بالخیار أو إجبار المالک علی أحد الأمرین- .

السابع هل یعتبر فی صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا

السابع هل یعتبر فی صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا
وجهان الأقوی التفصیل فلو أوقع العقد علی صفقة فأجاز المالک بیع بعضها فالأقوی الجواز کما لو کانت الصفقة بین مالکین فأجاز أحدهما و ضرر التبعض علی المشتری یجبر بالخیار و لو أوقع العقد علی شرط فأجاز المالک مجردا عن الشرط فالأقوی عدم الجواز بناء علی عدم قابلیة العقد للتبعیض من حیث الشرط و إن کان قابلا للتبعیض من حیث الجزء و لذا لا یؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط و لو انعکس الأمر بأن عقد الفضولی مجردا عن الشرط و أجاز المالک مشروطا ففی صحة الإجازة مع الشرط إذا رضی به الأصیل فیکون نظیر الشرط الواقع فی ضمن القبول إذا رضی به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع فی حیز العقد فلا یجدی وقوعه فی حیز القبول إلا إذا تقدم علی الإیجاب لیرد الإیجاب علیه أیضا أو بطلانها لأنه إذا لغا الشرط لغا المشروط لکون المجموع التزاما واحدا أقواها الأخیر.

و أما القول فی المجیز

اشارة

و أما القول فی المجیز
فاستقصاؤه یتم ببیان أمور

الأول یشترط فی المجیز أن یکون حین الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد

و لو أجاز المریض بنی نفوذها علی منجزات المریض- و لا فرق فیما ذکر بین القول بالکشف و النقل.

الثانی هل یشترط فی صحة عقد الفضولی وجود مجیز حین العقد

فلا یجوز بیع مال الیتیم لغیر مصلحة و لا تنفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة ولیه إذا حدثت المصلحة بعد البیع أم لا یشترط قولان أولهما للعلامة فی ظاهر القواعد و استدل له بأن صحة العقد و الحال هذه ممتنعة فإذا امتنع فی زمان امتنع دائما و بلزوم الضرر علی المشتری لامتناع تصرفه فی العین- لإمکان عدم
المکاسب، ج۲، ص ۱۳۷
الإجازة و لعدم تحقق المقتضی و فی الثمن لإمکان تحقق الإجازة فیکون قد خرج عن ملکه. و یضعف الأول مضافا إلی ما قیل من انتقاضه بما إذا کان المجیز بعیدا امتنع الوصول إلیه عادة بمنع ما ذکره من أن امتناع صحة العقد فی زمان یقتضی امتناعه دائما سواء قلنا بالنقل أم بالکشف و أما الضرر فیتدارک بما تتدارک به صورة النقض المذکورة هذا کله مضافا إلی الأخبار الواردة فی تزویج

الصغار فضولا الشاملة لصورة ولى النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم و صورة عدم وجود الولى بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح و انحصار الولى فى الأب و الجد و الوصى على خلاف فيه و كيف كان فالأقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكى عن ابن المتوج البحرانى و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل لم يرجحه غير العلامة ره ثم اعلم أن العلامة فى القواعد مثل لعدم وجوب المجيز ببيع مال اليتيم.

و حكى عن بعض العامة و هو البيضاوى على ما قيل الإيراد عليه لا يتم على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام ع فى كل عصر. و عن المصنف قدس سره أنه أجاب بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه و انتصر للمورد بأن نائب الإمام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود بل لو فرض عدم المجتهد فالعدول موجودون بل للفساق الولاية على الطفل فى مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار فى غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضا فإن أريد وجود ذات المجيز فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الإمام ع و إن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة فيمكن فرض عدمه فى المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد فالأولى ما فعله فخر الدين و المحقق الثانى من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعليه الإجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع فى الأموال.

الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد

اشارة

سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أم للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فك الرهن. فالكلام يقع فى مسائل

الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر- و الأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به فى التذكرة

الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد

اشارة

سواء أ كان هو البائع أم غيره لكن عنوان المسألة فى كلمات القوم هو الأول و هو ما لو باع شيئا ثم ملكه و هذه تتصور على صور لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك و الملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالإرث ثم البائع الذى يشترى الملك إما أن يجيز العقد الأول و إما أن لا يجيزه فيقع الكلام فى وقوعه للمشترى الأول بمجرد شراء البائع له

و المهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز

اشاره

و ما لو باع و اشترى و لم يجز إذا يعلم حكم غيرهما منهما. أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها- فظاهر المحقق فى باب الزكاة من

المعتبر فیما إذا باع المالک النصاب قبل إخراج الزکاة أو رهنه أنه صح البیع و الرهن فیما عدا الزکاة فإن اغترم حصة الفقراء قال الشیخ صح البیع و الرهن و فیه إشکال لأن العین مملوکة و إذا أدى العوض ملکها ملکا مستأنفا فافتقر بیعها إلى إجازة مستأنفة کما لو باع مال غیره ثم اشتراه انتهى. بل یظهر مما حکاه عن الشیخ عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن یقول الشیخ بتعلق الزکاة بالعین کتعلق الدین بالرهن فإن الراهن إذا باع ففک الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم یحتج إلى إجازة مستأنفة و بهذا القول صرح الشهید رحمه الله فی الدروس و هو ظاهر المحکی عن الصیمری و المحکی عن المحقق الثانی فی تعلیق الإرشاد هو البطلان و مال إلیه بعض المعاصرین تبعا لبعض معاصریه

[الأقوى الصحة]

و الأقوى هو الأول للأصل و العمومات السلیمة عما یرد علیه

[ما أورده المحقق التستری على الصحة]

اشارة

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما یرجع أکثرها إلى ما ذکر فی الإیضاح و جامع المقاصد

[الإیراد الأول و جوابه

الأول أنه قد باع مال الغیر لنفسه و قد مر الإشکال فیه و ربما لا یجری فیه بعض ما ذکر هناک و فیه أنه قد سبق أن الأقوى صحته و ربما یسلم هنا عن بعض الإشکالات الجاریة هناک مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

[الإیراد الثانی و جوابه

أنا حیث جوزنا بیع غیر المملوک مع انتفاء الملک و رضا المالک و القدرة على التسلیم فقد اکتفینا بحصول ذلک للمالک المجیز لأنه البائع حقیقة و الفرض هنا عدم إجازته و عدم وقوع البیع عنه و فیه أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالک حال الرضا سواء ملک حال العقد أم لا لأن الداعی على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلها لغیر ملاکها بغیر طیب أنفسهم و قبح التصرف فیها بغیر رضاهم و هذا المعنى لا یقتضی أزید مما ذکرنا و أما القدرة على التسلیم فلا نضایق من اعتبارها فی المالک حین العقد و لا یکتفى بحصولها فیمن هو مالک حین الإجازة و هذا کلام آخر لا یقدح التزامه فی صحة البیع المذکور لأن الکلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

[الإیراد الثالث و جوابه

الثالث أن الإجازة حیث صحت کاشفة على الأصح مطلقا لعموم الدلیل الدال علیه و یلزم حینئذ خروج المال عن ملک البائع قبل دخوله فیه و فیه منع کون الإجازة کاشفة مطلقا عن خروج الملک عن ملک المجیز من حین العقد حتى فیما لو کان المجیز غیر مالک حین العقد فإن مقدار کشف الإجازة تابع لصحة البیع فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذی أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد فی المحل القابل للعقد علیه و لا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالکه فکما أن مالکه الأول إذا رضی یقع البیع له فکذلک مالکه الثانی إذا رضی یقع البیع له و لا دلیل على اعتبار کون الرضا المتأخر ممن هو مالک حال العقد و حینئذ فإذا ثبت صحته

بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة

المكاسب، ج ۲، ص ۱۳۸

عن خروج المال عن ملك المجيز فى أول أزمنة قابليته إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لا شرعى حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة فإن كان لا بد من الكلام فينبغى فى المقتضى للصحة أو فى القول بأن الواجب فى الكشف عقلا أو شرعا أن يكون عن خروج المال ملك المجيز وقت العقد. و قد عرفت أن لا كلام فى مقتضى الصحة و لذا لم يصدر من المستدل على البطلان و أنه لا مانع عقلا و لا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها و لا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد إذ التخصيص إنما يقدح مع القابلية كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق فى دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

[الإيراد الرابع

اشارة

الرابع أن العقد الأول إنما صح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولى و هى متوقفة على صحة العقد الثانى المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكه الأصلى فتكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك و ملكا للمشترى معا فى زمان واحد و هو محال لتضادهما فوجود الثانى يقتضى عدم الأول و هو موجب لعدم الثانى أيضا فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد و هو محال. فإن قلت مثل هذا لازم فى كل عقد فضولى- لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء مالك المالك و مستلزمة لملك المشترى كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشترى معا فى آن واحد فيلزم إما بطلان عقد الفضولى مطلقا أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه. قلنا يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها فى الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى.

[الجواب عن الإيراد الرابع

أقول قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشترى له من حين ملك العاقد لا من حين العقد و حينئذ فتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثانى مسلم و توقف صحة العقد الثانى على بقاء الملك على ملك مالكه الأصلى إلى زمان العقد مسلم أيضا فقوله صحة الأول تستلزم كون المال ملكا للمالك و المشترى فى زمان واحد ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلى. نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد و لكن هذا أمر تقدم دعواه فى الوجه الثالث و قد تقدم منعه فلا وجه لإعادته بتقرير آخر كما لا يخفى. نعم يبقى فى المقام الإشكال الوارد فى مطلق الفضولى على القول بالكشف و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشترى معا و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيرا غير الإشكال الذى استنتجه من المقدمات المذكورة و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلى و للمشترى.

نعم يلزم من ضم هذا الإشكال العام- إلى ما يلزم فى المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثانى لوجوب التزام مالكية المالك الأصلى حتى يصح العقد الثانى و مالكية المشترى له لأن الإجازة تكشف عن ذلك و مالكية العاقد له لأن ملك المشترى لا بد أن يكون عن ملكه و إلا لم تنفع إجازته فى ملكه من حين العقد لأن إجازة غير

المالـك لا یخرج ملك الغیر إلی غیره. ثم إن ما أجاب به عن الإشـكال الوارد فی مطلق الفضولی لا یسـمن و لا یغنی لأن الإجازة إذا وقعت فإن كشـفت عن مالك المشتری قبلها كشـفت عما یبطلها لأن الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعی و المالك الظاهری إنما یجـدی إجازته إذا لم ینكشف كون غیره مالكا حین الإجازة و لـذا لو تبین فی مقام آخر كون المجیز غیر المالك لم تنفع إجازته لأن المالكیـة من الشـرائط الواقعیـة دون العلمیـة. ثم إن ما ذكره فی الفرق بین الإجازة و العقـد الثانی من كفایة الملك الصوری فی الأول دون الثانی تحكم صـرف خصوصا مع تعلیله بأن الإجازة رفع للید و إسقاط للحق فلیت شعری أن إسقاط الحق كیف یجدی و ینفع مع عدم الحق واقعا مع أن الإجازة رفع للید من الملك أیضا بالبدیهة. و التحقیق أن الإشـكال إنما نشأ من الإشكال الذی ذكرناه سابقا فی كاشفیة الإجازة علی الوجه المشهور من كونها شرطا متأخرا یوجب حدوثه تأثیر السبب المتقدم من زمانه.

[الإیراد الخامس و جوابه

الخامس أن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول- و عن كون المال ملك المشتری الأول فقد وقع العقد الثانی علی ماله فلا بد من إجازته كما لو بیع المبیع من شخص آخر فأجاز المالك البیع الأول فلا بد من إجازة المشتری البیع الثانی حتی یصح و یلزم فعلی هذا یلزم توقف إجازة كل من الشخصین علی إجازة الآخر و توقف صـحة كل من العقدین و الإجازة- علی إجازة المشتری غیر الفضولی و هو من الأعاجیب بل من المسـتحیل لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصیل شیئا من الثمن و المثمن و تملك المشتری الأول المبیع بلا عوض إن اتحـد الثمنان و دون تمامه إن زاد الأول و مع زیادة إن نقص لانكشاف وقوعه فی ملكه فالثمن له و قد كان المبیع له أیضا بما بـذله من الثمن و هو ظاهر. و الجواب عن ذلك ما تقـدم فی سابقه من ابتنائه علی وجوب كون الإجازة كاشـفة عن الملـك من حین العقـد و هو ممنوع. و الحاصل أن منشأ الوجوه [الثلاثـة] الأخیرة شـیء واحـد و المحال علی تقـدیره مسـلم بتقریرات مختلفة قد نبه علیه فی الإیضاح و جامع المقاصد

[الإیراد السادس و جوابه

السادس أن من المعلوم أنه یكفی فی إجازة المالك و فسخه- فعل ما هو من لوازمهما فلما باع المالك ماله من الفضولی بالعقد الثانی فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن و هو لا یجامع صـحة العقد الأول فإنها تقتضـی تملك المالك للثمن الأول و حیث وقع الثانی یكون فسـخا له و إن لم یعلم بوقوعه فلا تجـدی الإجازة المتأخرة. و بالجملة حكم عقد الفضولی قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولی منهـا فكمـا أن التصـرف المنافی مبطل لها كـذلك عقـد الفضولی. و الجواب أن فسـخ عقـد الفضولی هو إنشاء رده و أما الفعل المنافی لمضیه كتزویج المعقودة فضولا نفسها من آخر و بیع المالك ماله المبیع فضولا

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۹

من آخر فلیس فسـخا له خصوصـا مع عـدم التفـاته إلی وقوع عقـد الفضولی غایـة ما فی الباب أن الفعل المنافی لمضـی العقـد مفوت لمحل الإجازة فإذا فرض وقوعه صـحیحا فات محل الإجازة و یخرج العقد عن قابلیة الإجازة إما مطلقا كما فی مثال التزویج أو بالنسـبة إلی من فات محل الإجازة بالنسبة إلیه كما فی مثال البیع فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلی الأول فللمالك الثانی أن یجیز. نعم لو فسـخ المالك الأول نفس العقـد بإنشاء الفسـخ بطل العقـد من حینه إجماعا و لعموم تسـلط الناس علی أموالهم بقطع علاقة الغیر عنها. فالحاصـل أنه إن أریـد من كون البیع الثـانی فسـخا إنه إبطـال لأثر العقـد فی الجملـة فهو مسـلم و لا یمنع ذلك من بقاء العقـد متزلزلا بالنسبة إلی المالـك الثـانی فیكون له إجازة و إن أریـد أنه إبطال للعقـد رأسا فهو ممنوع إذ لا دلیل علی كونه كـذلك و تسـمیة مثل ذلك الفعل ردا فی بعض الأحیان من حیث إنه مسـقط للعقـد عن التأثیر بالنسـبة إلی فاعله بحیث تكون الإجازة منه بعـده لغوا. نعم لو فرضـنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحیث یعد فسخا فعلیا لم یبعد كونه كالإنشاء بالقول لكن الالتزام بذلك لا یقدح فی

المطلب إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حالة من قابلية لحوق الإجازة. و أما الالتزام فى مثل الهبة و البيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلأن صحة التصرف المنافى تتوقف على فسخ العقد و إلا وقع فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه فإن تصرف المالك فى ماله المبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا يتوقف على فسخه غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة و من ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيرا و بالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل أولى فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الأولوية و سيجيء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقق به الرد.

[الإيراد السابع

اشارة

السابع الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى ص عن بيع ما ليس عندك- فإن النهى فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولى و إما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا و لو ملكه فأجاز بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يقول لى اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. و رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيا و يحرم إثباتا كما فهمه فى الوافى أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء- و يحرم إذا وقع قبله أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة. و صحيحة ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه.: و صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد الله ع فى رجل أمر رجلا يشترى له متاعا فيشتريه منه قال لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه. و صحيحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله ع يجيئنى الرجل فيطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شيء فيقاولنى عليه و أقاوله فى الربح و الأجل حتى يجتمع على شيء ثم أذهب لأشترى الحرير فأدعوه إليه المتاع فقال أ رأيت إن وجد هو مبيعا أحب إليه مما عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه عنه [و يدعك أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس. و غيرها من الروايات و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد فى بعضها و من حيث التعليل فى بعضها الآخر فى عدم صحة البيع قبل الاشتراء و أنه يشترط فى البيع الثانى تملك البائع له و استقلاله فيه و لا يكون قد سبق منه و من المشترى إلزام و التزام سابق بذلك المال.

[الجواب عن الإيراد السابع

و الجواب عن العمومات أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف فى الثمن و لا من طرف المشترى بأن يطالب البائع بتسليم المبيع و منه يظهر الجواب عن الأخبار- فإنها لا تدل خصوصا بملاحظة قوله ع: و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة و هى المسألة الآتية أعنى لزوم

البیع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلی الإجازة و سیأتی أن الأقوی فیها البطلان. و ما قیل من أن تسلیم البائع المبیع بعد اشترائه إلی المشتری الأول مفروض فی مورد الروایات و هو إجازة فعلیة مدفوع بأن التسلیم إنما وقع باعتقاد لزوم البیع السابق و کونه من مقتضیات لزوم العقد و أنه مما لا اختیار للبائع فیه بل یجبر علیه إذا امتنع فهذا لا یعد إجازة و لا یترتب علیه أحکام الإجازة فی باب الفضولی لأن المعتبر فی الإجازة قولا و فعلا ما یکون عن سلطنة و استقلال لأن ما یدل علی اعتبار طیب النفس فی صیرورة مال الغیر حلالا لغیره یدل علی عدم کفایة ذلک. نعم یمکن أن یقال إن مقتضی تعلیل نفی البأس- فی روایة خالد المتقدمة بأن المشتری إن شاء أخذ و إن شاء ترک ثبوت البأس فی البیع السابق بمجرد لزومه علی الأصیل و هذا محقق فیما نحن فیه بناء علی ما تقدم من أنه لیس للأصیل فی عقد الفضولی فسخ المعاملة قبل إجازة المالک أو رده لکن الظاهر بقرینة النهی عن مواجبة البیع فی الخبر المتقدم إرادة اللزوم من الطرفین.

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۰

و الحاصل أن دلالة الروایات عموما و خصوصا- علی النهی عن البیع قبل الملک مما لا مساغ لإنکاره و دلالة النهی علی الفساد أیضا مما لم یقع فیه المناقشة فی هذه المسألة إلا أنا نقول إن المراد بفساد البیع هو عدم ترتب ما یقصد منه عرفا من الآثار فی مقابل الصحة التی هی إمضاء الشارع لما یقصد عرفا من إنشاء البیع مثلا لو فرض حکم الشارع بصحة بیع الشیء قبل تملکه علی الوجه الذی یقصده أهل المعاملة کان یترتب علیه بعد البیع النقل و الانتقال و جواز تصرف البائع فی الثمن و جواز مطالبة المشتری البائع بتحصیل المبیع من مالکه و تسلیمه و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصیله عن تسلیمه ففساد البیع بمعنی عدم ترتب جمیع ذلک علیه و هو لا ینافی قابلیة العقد للحوق الإجازة من مالکه حین العقد أو ممن یملکه بعد العقد و لا یجب علی القول بدلالة النهی علی الفساد وقوع المنهی عنه لغوا غیر مؤثر أصلا کما یستفاد من وجه دلالة النهی علی الفساد فإن حاصله دعوی دلالة النهی علی إرشاد المخاطب و بیان أن مقصوده من الفعل المنهی عنه و هو الملک و السلطنة من الطرفین لا- یترتب علیه فهو غیر مؤثر فی مقصود المتبایعین لا- أنه لغو من جمیع الجهات فافهم اللهم إلا أن یقال إن عدم ترتب جمیع مقاصد المتعاقدین علی عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلک العقد فی نظر الشارع مقیدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة کالقبض فی الهبة و نحوها و الإجازة فی الفضولی لا یقتضی النهی عنها بقول مطلق إذ معنی صحة المعاملة شرعا أن یترتب علیها شرعا المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق و عدم بناء المتعاملین علی مراعاة ذلک الشرط لا- یوجب النهی عنه إلا- مقیدا بتجرده عن لحوق ذلک الشرط فقصدهم ترتب الملک المنجز علی البیع قبل التملک بحیث یسلمون الثمن و یطالبون المبیع لا- یوجب الحکم علیه بالفساد. فالإنصاف أن ظاهر النهی فی تلک الروایات هو عدم وقوع البیع قبل التملک للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه علیه مطلقا حتی مع الإجازة و أما صحته بالنسبة إلی المالک إذا أجاز فلأن النهی راجع إلی وقوع البیع المذکور للبائع فلا- تعرض فیه لحال المالک إذا أجاز فیرجع فیه إلی مسألة الفضولی. نعم قد یخدش فیها أن ظاهر کثیر من الأخبار المتقدمة- ورودها فی بیع الکلی و أنه لا یجوز بیع الکلی فی الذمة ثم اشتراء بعض أفراده و تسلیمه إلی المشتری الأول و المذهب جواز ذلک و إن نسب الخلاف فیه إلی بعض العبائر فیقوی فی النفس أنها و ما ورد فی سیاقها فی بیع الشخصی أیضا کروایتی یحیی و خالد المتقدمین أرید بها الکراهة أو وردت فی مقام التقیة لأن المنع عن بیع الکلی حالا مع عدم وجوده عند البائع حال البیع مذهب جماعة من العامة کما صرح به فی بعض الأخبار مستندین فی ذلک إلی النهی النبوی عن بیع ما لیس عندک لکن الاعتماد علی هذا التوهین و رفع الید عن الروایتین المتقدمتین الواردتین فی بیع الشخصی و عموم مفهوم التعلیل فی الأخبار الواردة فی بیع الکلی خلاف الإنصاف إذ غایة الأمر حمل الحکم فی مورد تلک الأخبار و هو بیع الکلی قبل التملک علی التقیة و هو لا- یوجب طرح مفهوم التعلیل رأسا فتدبر فالأقوی العمل بالروایات و الفتوی بالمنع عن البیع المذکور. و مما یؤید المنع مضافا إلی ما سیأتی عن التذکرة و المختلف من دعوی الاتفاق روایة الحسن بن زیاد الطائی الواردة فی نکاح العبد بغیر إذن مولاه قال: قلت لأبی عبد الله ع إنی کنت رجلا- مملوکا فتزوجت بغیر إذن مولای ثم أعتقنی الله بعد فأجدد النکاح قال فقال علموا أنک

تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئا قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك الخبر فإنها ظاهرة بل صريحة فى أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته فلو كانت صيرورته حرا مالكا لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا للزوم العقد حينئذ على كل تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة]

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشترى غير مترقب لإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا و هذا هو الذى ذكره العلامة رحمه الله فى التذكرة نافيا للخلاف فى فساده قال و لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها و به قال الشافعي و أحمد و لا نعلم فيه خلافا لقوله ص: لا تبع ما ليس عندك و لاشتمالها على الغرر فإن صاحبها قد لا يبيعها و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها أما لو اشترى موصوفا فى الذمة سواء كان حالا أم مؤجلا فإنه جائز إجماعا انتهى. و حكى عن المختلف الإجماع على المنع أيضا و استدلاله بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح فى وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل فى مورد الأخبار و لا فى معقد الاتفاق و لو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهى عنه فى الأخبار المذكورة حيث قال و كذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجازه و كذا لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده و قد نهى عنه انتهى. لكن الإنصاف ظهورها فى الصورة الأولى و هى ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل و الانتقال و عدم الوقوف على شيء.

و ما ذكره فى التذكرة كالصريح فى ذلك حيث علل المنع بالضرر و عدم القدرة على التسليم و أصرح منه كلامه المحكى عن المختلف فى فصل النقد و النسيئة و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع- فأجازه فالظاهر أيضا الصحة لخروجه عن مورد الأخبار. نعم قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها لأن العقد السابق كان إنشاء للبيع عن المالك الأصلى و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الإشكال فى عكس المسألة و هى ما لو باعه الفضولى لنفسه فأجازه المالك لنفسه فتأمل. و لو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا عليه عدوانا فإن أجاز المالك فلا كلام فى الصحة

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۱

بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك و إن ملكه الثالث و أجازه أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنه داخل فى المسألة السابقة

[لو باع لنفسه ثم تملكه و لم يجز]

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه فى المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى و هى ما لو لم يجز البائع بعد تملكه فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا- مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم و عدم صيرورتها حلالا من دون طيب النفس فإن المفروض أن البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشترى الأول و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشترى ليس التزاما إلا بكون مال غيره له اللهم إلا أن يقال إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كل عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنبيا لا حكم لوفائه و نقضه و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الإيضاح بناء على صحة الفضولى صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة قيل و يلوح هذا من الشهيد الثانى فى هبة المسالك و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية فى المعتبر لكن يضعفه أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل

الملک فیستصحب و المقام مقام استصحاب حکم الخاص لا- مقام الرجوع إلی حکم العام فتأمل- مضافا إلی معارضة العموم المذکور- بعموم سلطنة الناس علی أموالهم و عدم حلها لغیرهم إلا عن طیب النفس.

و فحوی الحکم المذکور فی روایة الحسن بن زیاد المتقدمة فی نکاح العبد بدون إذن مولاه و إن عتقه لا یجدی فی لزوم النکاح لو لا سکوت المولی الذی هو بمنزلة الإجازة ثم لو سلم عدم التوقف علی الإجازة فإنما هو فیما إذا باع الفضولی لنفسه أما لو باع فضولا للمالک أو لثالث ثم ملک هو فجریان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلی البائع أشکل و لو باع وکالة عن المالک فبان انعزاله بموت الموکل فلا إشکال فی عدم وقوع البیع له بدون الإجازة و لا معها.

نعم یقع للوارث مع إجازته

المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لکونه غیر جائز التصرف فبان کونه جائز التصرف

اشارة

و عدم جواز التصرف المنکشف خلافه إما لعدم الولایة فانکشف کونه ولیا و إما لعدم الملک فانکشف کونه مالکا و علی کل منهما فإما أن یبیع عن المالک و إما أن یبیع لنفسه فالصور أربعة

الأولی أن یبیع عن المالک فانکشف کونه ولیا علی البیع

فلا- ینبغی الإشکال فی اللزوم حتی علی القول ببطلان الفضولی- لکن الظاهر من المحکی عن القاضی أنه إذا أذن السید لعبده فی التجارة فباع و اشتری و هو لا یعلم بإذن سیده و لا علم به أحد لم یکن مأذونا فی التجارة و لا یجوز شیء مما فعله فإن علم بعد ذلک و اشتری و باع جاز ما فعله بعد الإذن و لم یجز ما فعله قبل ذلک فإن أمر السید قوما أن یبایعوا العبد و العبد لا یعلم بإذنه له کان بیعه و شراؤه منهم جائزا و جری ذلک مجری الإذن الظاهر فإن اشتری العبد بعد ذلک من غیرهم و باع جاز انتهی و عن المختلف الإیراد علیه بأنه لو أذن الولی و لا- یعلم العبد ثم باع العبد صح لأنه صادف الإذن و لا یؤثر فیه إعلام المولی بعض المتعاملین انتهی و هو حسن.

الثانیة أن یبیع لنفسه فانکشف کونه ولیا

فالظاهر أیضا صحة العقد لما عرفت من أن قصد بیع مال الغیر لنفسه لا ینفع و لا یقدح و فی توقفه علی إجازته للمولی علیه وجه لأن قصد کونه لنفسه یوجب عدم وقوع البیع علی الوجه المأذون فتأمل.

الثالثة أن یبیع عن المالک ثم ینکشف کونه مالکا

و قد مثل له الأکثر بما لو باع مال أبیه بظن حیاته فبان میتا و المشهور الصحة بل ربما استفید من کلام العلامة فی القواعد و الإرشاد فی باب الهبة الإجماع و لم نعثر علی مخالف صریح إلا أن الشهید رحمه الله ذکر فی قواعده أنه لو قیل بالبطلان أمکن و قد سبقه فی احتمال ذلک العلامة و ولده فی النهایة و الإیضاح لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه و لأنه و إن کان منجزا فی الصورة إلا أنه معلق و التقدیر إن مات مورثی فقد بعتک و لأنه کالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبیع لغیره انتهی. أقول أما قصد نقل الملک عن الأب فلا- یقدح فی وقوعه لأنه إنما قصد نقل الملک عن الأب من حیث إنه مالک باعتقاده ففی الحقیقة إنما قصد النقل عن المالک لکن أخطأ فی اعتقاده أن المالک أبوه و قد تقدم توضیح ذلک فی عکس المسألة أی ما لو باع ملک غیره باعتقاده أنه ملکه. نعم من أبطل عقد الفضولی لأجل اعتبار مقارنة طیب نفس المالک للعقد قوی البطلان عنده هنا لعدم طیب نفس المالک بخروج ماله

عن ملكه و لـذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الإجازة من المالك بعـد العقـد لعـدم حصول طيب النفس حال العقد. و أما ما ذكره من أنه فى معنى التعليق ففيه مع مخالفته لمقتضـى الدليل الأول كما لا يخفى منع كونه فى معنى التعليق لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال على المـال لاـ على تعليق للنقـل بكونه منتقلاـ إليه بالإـرث عن مورثه لأـن ذلـك لاـ يجـامع و ظن الحيـاة اللهم إلا أن يراد أن القصـد الحقيقى إلى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه فالقصد صورى على ما تقدم من المسالك من أن الفضولى و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصورى كاف و لذا قلنا بصحة عقد الفضولي و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعـابث عنـد مباشـرة العقـد معللاـ بعلمه بكون المبيع لغيره. و كيف كـان فلا ينبغى الإشـكال فى صـحة العقـد إلا أن ظاهر المحكى من غير واحـد لزوم العقـد و عدم الحاجة إلى إجازة مسـتأنفة لأن المالك هو المباشـر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه و إن لم يشـعر به فهو أولى من الإذن فى ذلك فضـلا عن إجازته و إلا توجه عدم وقوع العقد له لكن الأقوى وفاقا للمحقق و الشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة لا لما ذكره فى جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله إلا أن يقال

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۲

إن قصده إلى أصل البيع كاف. و توضـيحه أن انتقال المبيع شـرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصـده أو يقـدح قصـد خلافه و إنما هو من الأحكام الشـرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها فى التوقف على الأمور المتأخرة و عدمه مع أن عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه فالدليل على اشتراط تعقب الإجـازة فى اللزوم هو عموم تسـلط النـاس على أموالهم و عـدم حلهـا لغيرهـم إلاـ بطيب أنفسـهم و حرمـة أكـل المال إلا بالتجارة عن تراض. و بالجملـة فأكثر أدلة اشتراط الإجازة فى الفضولى جارية هنا. و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجـازة و إلا فسـد العقـد ففيه أنه يكفى فى تحقق صورة العقـد القابلـة للحوق اللزوم القصـد إلى نقل المال المعين و قصـد كونه مال نفسه أو مال غيره مع خطائه فى قصده أو صوابه فى الواقع لا يقدح و لا ينفع و لذا بنينا على صـحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره. و أما أدلـة اعتبار التراضـى و طيب النفس فهى دالـة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك فلو أذن فى التصـرف فى مال يعتقـد أنه لغيره و المأذون يعلم أنه له لم يجز له التصـرف بـذلك الإذن و لو فرضـنا أنه أعتق عبـدا عن غيره فبان أنه لم ينعتق و كذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبـانت زوجته لأـن القصـد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما فلا تنفع الإجازة و لو غره الغاصب فقال هـذا عبـدى أعتقه عنـك فـأعتقه عن نفسه فبـان كونه له فالأـقوى أيضـا عـدم النفوذ وفاقـا للمحكى عن التحرير و حواشـى الشـهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصـحة البيع هنا و وقوفه على الإجازة لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطلـة بخلاـف البيع فلاـ تناقض بين حكمه ببطلان العتق و صـحة البيع مع الإجازة كما يتوهم. نعم ينبغى إيراد التناقض على من حكم هناك بعـدم النفوذ و حكم فى البيع باللزوم و عـدم الحاجـة إلى الإجازة فإن القصـد إلى إنشاء يتعلق بمعين هو مال المنشـئ فى الواقع من غير علمه به إن كـان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلقـة بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق و إن اعتبر فى طيب النفس المتعلق بإخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالا له و لم يكف مجرد مصادفة الواقع وجب الحكم بعـدم لزوم البيع فالحق أن القصد إلى الإنشاء المتعلق بمال معين مصـحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له لكن لاـ يكفى ذلـك فى تحقق الخروج عن مـاله بمجرد الإنشاء ثم إن كان ذلك الإنشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كمـا فى العقود و إلا وقع الإنشاء باطلا كما فى الإيقاعات ثم إنه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على الإجازة- أن هـذا الحق للمالك من بـاب الإجازة لا من باب خيار الفسـخ فعقـده متزلزل من حيث الحـدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصـرنا و تبعه بعض من

عاصرناه معللا بقاعدة نفی الضرر إذ فیه أن الخیار فرع الانتقال و قد تقدم توقفه علی طیب النفس. و ما ذکراه من الضرر المترتب علی لزوم البیع لیس لأمر راجع إلی العوض و المعوض و إنما هو لانتقال الملک عن مالکه من دون علمه و رضاه إذ لا فرق فی الجهل بانتقال ماله بین أن یجهل أصل الانتقال کما یتفق فی الفضولی أو یعلمه و یجهل تعلقه بماله و من المعلوم أن هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولی علی الإجازة إذ لا یلزم من لزومه بدونها سوی هذا الضرر. ثم إن الحکم بالصحة فی هذه الصورة غیر متوقفة علی القول بصحة عقد الفضولی- بل یجیء علی القول بالبطلان إلا أن یستند فی البطلان بما تقدم- من قبح التصرف فی مال الغیر فیتجه عنده حینئذ البطلان [ثم یغرم المثمن إن کان جاهلا].

الرابعة أن یبیع لنفسه باعتقاده أنه لغیره فانکشف أنه له

و الأقوی هنا أیضا الصحة و لو علی القول ببطلان الفضولی و الوقوف علی الإجازة بمثل ما مر فی الثالثة و فی عدم الوقوف هنا وجه لا یجری فی الثالث و لذا قوی اللزوم هنا بعض من قال بالخیار فی الثالثة.

و أما القول فی المجاز

اشارة

فاستقصاؤه یکون ببیان أمور

الأول یشترط فیه کونه جامعا لجمیع الشروط المعتبرة فی تأثیره عدا رضا المالک

فلا یکفی اتصاف المتعاقدین بصحة الإنشاء و لا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلی الأصیل فقط علی الکشف للزومه علیه حینئذ بل مطلقا لتوقف تأثیره الثابت و لو علی القول بالنقل علیها و ذلک لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه و علی أی حال فیعتبر اجتماع الشروط عنده و لهذا لا یجوز الإیجاب فی حال جهل القابل بالعوضین بل لو قلنا بجواز ذلک لم یلزم منه الجواز هنا لأن الإجازة علی القول بالنقل أشبه بالشرط و لو سلم کونها جزء فهو جزء للمؤثر لا للعقد فیکون جمیع ما دل من النص و الإجماع علی اعتبار الشروط فی البیع ظاهره فی اعتبارها فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد. نعم لو دل دلیل علی اعتبار شرط فی ترتب الأثر الشرعی علی العقد من غیر ظهور فی اعتباره فی أصل الإنشاء أمکن القول بکفایة وجوده حین الإجازة و لعل من هذا القبیل القدرة علی التسلیم و إسلام مشتری المصحف و العبد المسلم ثم هل یشترط بقاء الشرائط المعتبرة حین العقد إلی زمان الإجازة أم لا لا ینبغی الإشکال فی عدم اشتراط بقاء المتعاقدین علی شروطهما حتی علی القول بالنقل. نعم علی القول بکونها بیعا مستأنفا یقوی الاشتراط و أما شروط العوضین فالظاهر اعتبارها بناء علی النقل و أما بناء علی الکشف فوجهان و اعتبارها علیه أیضا غیر بعید.

الثانی هل یشترط فی المجاز کونه معلوما للمجیز بالتفصیل

من تعیین العوضین و تعیین نوع العقد من کونه بیعا أو صلحا فضلا عن جنسه من کونه نکاحا لجاریته أو بیعا لها أم یکفی العلم الإجمالی بوقوع عقد قابل للإجازة وجهان من کون الإجازة کالإذن السابق فیجوز تعلقه بغیر المعین إلا إذا بلغ حدا لا یجوز معه التوکیل و من أن الإجازة بحسب الحقیقة أحد رکنی العقد لأن المعاهدة الحقیقیة إنما تحصل بین المالکین بعد الإجازة فتشبه القبول مع عدم تعیین الإیجاب عند القابل و من هنا یظهر قوة احتمال

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۳

اعتبار العلم بوقوع العقد و لا- یکفی مجرد احتماله فیجیزه علی تقدیر وقوعه إذا انکشف وقوعه لأن الإجازة و إن لم تکن من العقود حتی تشملها معاقد إجماعهم علی عدم جواز التعلیق فیها إلا أنها فی معناها و لذا یخاطب المجیز بعدها بالوفاء بالعقد السابق- مع أن الوفاء بالعقد السابق لا یکون إلا فی حق العاقد فتأمل.

الثالث [حکم العقود المترتبة]

اشارة

المجاز إما العقد الواقع علی نفس مال الغیر و إما العقد الواقع علی عوضه و علی کل منهما إما أن یکون المجاز أول عقد وقع علی المال أو علی عوضه أو آخره أو عقدا بین سابق و لاحق واقعین علی مورده أو بدله أو بالاختلاف و مجمع الکل فیما إذا باع عبدا لمالک بفرس ثم باعه المشتری بکتاب ثم باعه الثالث بدینار و باع البائع الفرس بدرهم و باع الثالث الدینار بجاریة و باع بائع الفرس الدرهم برغیف ثم بیع الدرهم بحمار و بیع الرغیف بعسل أما إجازة العقد الواقع علی مال المالک أعنی العبد بالکتاب فهی ملزمة له و لما بعده مما وقع علی مورده أعنی العبد بالدینار بناء علی الکشف و أما بناء علی النقل فیبنی علی ما تقدم من اعتبار ملک المجیز حین العقد و عدمه و هی فسخ بالنسبة إلی ما قبله مما ورد علی مورده أعنی بیع العبد بفرس بالنسبة إلی المجیز. أما بالنسبة إلی من ملک بالإجازة و هو المشتری بالکتاب فقابلیته للإجازة مبنیة علی مسألة اشتراط ملک المجیز حین العقد هذا حال العقود السابقة و اللاحقة علی مورده أعنی مال المجیز. و أما العقود الواقعة علی عوض مال المجیز- فالسابقة علی هذا العقد و هو بیع الفرس بالدرهم فیتوقف لزومها علی إجازة المالک الأصلی للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعنی بیع الدینار بجاریة تلزم بلزوم هذا العقد. و أما إجازة العقد الواقع علی العوض- أعنی بیع الدرهم برغیف فهی ملزمة للعقود السابقة علیه سواء وقعت علی نفس مال المالک أعنی بیع العبد بالفرس أم علی عوضه و هو بیع الفرس بالدرهم و للعقود اللاحقة له إذا وقعت علی العوض و هو بیع الدرهم بالحمار. أما الواقعة علی هذا البدل المجاز أعنی بیع الرغیف بالعسل فحکمها حکم العقود الواقعة علی المعوض ابتداء. و ملخص ما ذکرنا أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة علی مال المجیز فإن وقعت من أشخاص متعددة کانت إجازة منها فسخا لما قبله و إجازة لما بعده علی الکشف و إن وقعت من شخص واحد انعکس الأمر و لعل هذا هو المراد من المحکی عن الإیضاح و الدروس فی حکم ترتب العقود من أنه إذا أجاز عقدا علی المبیع صح و ما بعده و فی الثمن ینعکس فإن العقود المترتبة علی المبیع لا یکون إلا من أشخاص متعددة. و أما العقود المترتبة علی الثمن فلیس مرادهما أن یعقد علی الثمن الشخصی مرارا لأن حکم ذلک حکم العقود المترتبة علی المبیع علی ما سمعت سابقا من قولنا أما الواقعة علی هذا البدل المجاز إلی آخره بل مرادهما ترامی الأثمان فی العقود المترتبة کما صرح بذلک المحقق و الشهید الثانیان و قد علم من ذلک أن مرادنا بما ذکرنا فی المقسم من أن العقد المجاز علی عوض مال الغیر لیس العوض الشخصی الأول له بل العوض و لو بواسطة.

[الإشکال فی شمول الحکم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتری بالغصب

ثم إن هنا إشکالا فی شمول الحکم لجواز تتبع العقود لصورة علم المشتری بالغصب أشار إلیه العلامة رحمه الله فی القواعد و أوضحه قطب الدین و الشهید فی الحواشی المنسوبة إلیه فقال الأول فیما حکی عنه إن وجه الإشکال أن المشتری مع العلم یکون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن و لذا لو تلف لم یکن له الرجوع و لو بقی ففیه الوجهان فلا تنفذ فیه إجازة الغیر بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبیع اشتراه و من أن الثمن عوض عن العین المملوکة و لم یمنع من نفوذ الملک فیه إلا عدم صدوره عن المالک فإذا أجاز جری مجری الصادر عنه انتهی. و قال فی محکی الحواشی إن المشتری مع علمه بالغصب- یکون مسلطا للبائع الغاصب علی الثمن فلا یدخل فی ملک رب العین فحینئذ إذا اشتری به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلی البائع فتتحقق ملکیته للمبیع فلا

یتصور نفوذ الإجازة فیها لصیرورته ملکا للبائع و إن أمکن إجازة المبیع مع احتمال عدم نفوذها أیضا لأن ما دفعه إلی الغاصب کالمأذون له فی إتلافه فلا- یکون ثمنا فلا- تؤثر الإجازة فی جعله ثمنا فصار الإشکال فی صحة البیع و فی التتبع ثم قال إنه یلزم من القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البیع فی المبیع لاستحالة کون المبیع بلا ثمن فإذا قیل إن الإشکال فی صحة العقد کان صحیحا أیضا انتهی. و اقتصر فی جامع المقاصد علی ما ذکره الشهید أخیرا فی وجه سرایة هذا الإشکال إلی صحة عقد الفضولی مع علم المشتری بالغصب و المحکی عن الإیضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالک مع علم المشتری علی کون الإجازة ناقلة فیکون منشأ الإشکال فی الجواز و العدم الإشکال فی الکشف و النقل. قال فی محکی الإیضاح إذا کان المشتری جاهلا فللمالک تتبع العقود و رعایة مصلحته و الربح فی سلسلتی الثمن و المثمن و أما إذا کان عالما بالغصب فعلی قول الأصحاب من أن المشتری إذا رجع علیه بالسلعة لا- یرجع علی الغاصب بالثمن مع وجود عینه فیکون قد ملک الغاصب مجانا لأنه بالتسلیم إلی الغاصب- لیس للمشتری استعادته من الغاصب بنص الأصحاب و المالک قبل الإجازة لم یملک الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب فلو لم یکن للغاصب فیکون الملک بغیر مالک و هو محال فیکون قد سبق ملک الغاصب للثمن علی سبب ملک المالک له أی الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملکه لم یکن للمالک إبطاله و یکون ما یشتری الغاصب بالثمن و ربحه له و لیس للمالک أخذه لأنه ملک الغاصب و علی القول بأن إجازة المالک کاشفة فإذا أجاز العقد کان له و یحتمل أن یقال لمالک العین حق تعلق بالثمن فإن له إجازة البیع و أخذ الثمن و حقه مقدم علی حق الغاصب لأن الغاصب یؤخذ بأخس أحواله و أشقها علیه و المالک مأخوذ الأحوال ثم قال و الأصح عندی مع وجود عین الثمن للمشتری العالم أخذه و مع التلف لیس له الرجوع به انتهی کلامه رحمه الله.

[عدم ورود الإشکال علی تقدیر الکشف

و ظاهر کلامه أنه لا وقع للإشکال علی تقدیر الکشف و هذا هو المتجه إذ حینئذ یندفع ما استشکله القطب و الشهید بأن تسلیط

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۴

المشتری للبائع علی الثمن علی تقدیر الکشف تسلیط علی ملک الغیر بالعقد السابق علی التسلیط الحاصل بالإقباض فإذا انکشف ذلک بالإجازة عمل بمقتضاه و إذا تحقق الرد انکشف کون ذلک تسلیطا من المشتری علی ماله فلیس له أن یسترده بناء علی ما نقل من الأصحاب. نعم علی القول بالنقل یقع الإشکال فی جواز إجازة العقد الواقع علی الثمن لأن إجازة المالک المبیع له موقوفة علی تملکه للثمن لأنه قبلها أجنبی عنه و المفروض أن تملکه الثمن موقوف علی الإجازة علی القول بالنقل و کذا الإشکال فی إجازة العقد الواقع علی المبیع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إیاه علی الخلاف فی اختصاص عدم رجوع المشتری علی الثمن بصورة التلف و عدمه لأن تسلیط المشتری للبائع علی الثمن قبل انتقاله إلی مالک المبیع بالإجازة فلا یبقی مورد للإجازة. و ما ذکره فی الإیضاح من احتمال تقدیم حق المجیز لأنه أسبق و أنه أولی من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال فلم یعلم له وجه بناء علی النقل لأن العقد جزء سبب لتملک المجیز و التسلیط المتأخر عنه علة تامة لتملک الغاصب فکیف یکون حق المجیز أسبق. نعم یمکن أن یقال إن حکم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسلیط المراعی بعدم إجازة مالک المبیع لا لأن نفس التسلیط علة تامة لاستحقاق الغاصب علی تقدیری الرد و الإجازة و حیث إن حکمهم هذا مخالف للقواعد الدالة علی عدم حصول الانتقال بمجرد التسلیط المتفرع علی عقد فاسد وجب الاقتصار فیه علی المتیقن و هو التسلیط علی تقدیر عدم الإجازة فافهم.

مسألة فی أحکام الرد

[ما یتحقق به الرد]

لاـ یتحقق الرد قولا إلا بقوله فسخت و رددت و شبه ذلک مما هو صریح فی الرد لأصالـة بقاء اللزوم من طرف الأصیل و قابلیته من طرف المجیز و کذا یحصل بکل فعل مخرج له عن ملکه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما کالعتق و البیع و الهبة و التزویج و نحو ذلک و الوجه فی ذلک أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملکه.

[هل یتحقق الرد بالتصرف غیر المخرج عن الملک

و أما التصـرف غیر المخرج عن الملک- کاستیلاد الجاریـة و إجارة الدابـة و تزویـج الأمـة فهو و إن لم یخرج الملک عن قابلیة وقوع الإجـازة علیه إلاـ أنه مخرج له عن قابلیـة وقوع الإجـازة من زمان العقـد لأن صـحة الإجازة علی هـذا النحو توجب وقوعها باطلـة و إذا فرض وقوعها صـحیحة منعت عن وقوع الإجازة. و الحاصل أن وقوع هـذه الأمور صـحیحة مناقضة لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحـد المتنـافیین صـحیحا فلاـ بـد من امتنـاع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه أو إیقاعه علی غیر وجهه و حیث لا سبیل إلی الأخیرین تعین الأول. و بالجملـة کل ما یکون باطلا علی تقـدیر لحوق الإجازة المؤثرة من حین العقد فوقوعه صـحیحا مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتمـاع المتنـافیین. نعم لو انتفع المالـک بها قبل الإجازة بالسـکنی و اللبس کان علیه أجرة المثل إذا أجاز فتأمل و منه یعلم أنه لا فرق بین وقوع هـذه مع الاطلاع علی وقوع العقـد و وقوعها بدونه لأن التنافی بینهما واقعی و دعوی أنه لا دلیل علی اشتراط قابلیة التأثیر من حین العقد فی الإجازة و لذا صحح جماعة کما تقدم إجازة المالک الجدید فیمن باع شیئا ثم ملکه مدفوعة بإجماع أهل الکشف علی کون إجـازة المالـک حین العقـد مؤثرة من حینه. نعم لو قلنـا بـأن الإجـازة کاشـفة بـالکشف الحقیقی الراجع إلی کون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة کانت التصرفات مبنیة علی الظاهر و بالإجازة ینکشف عدم مصادفتها للملک فتبطل هی و تصح الإجازة.

بقی الکلام فی التصرفات غیر المنافیة لملک المشتری

اشارة

من حین العقـد- کتعریض المبیع و البیع الفاسـد و هـذا أیضـا علی قسـمین لأـنه إمـا أن یقع حـال التفات المالک إلی وقوع العقـد من الفضولی علی ماله و إما أن تقع فی حال عدم الالتفات

[ما یقع فی حال التفات المالک إلی وقوع العقد من الفضولی

أمـا الأـول فهو رد فعلی للعقـد و الـدلیل علی إلحاقه بالرد القولی مضافا إلی صـدق الرد علیه فیعمه ما دل علی أن للمالک الرد مثل ما وقع فی نکـاح العبـد و الأمـة بغیر إذن مولاه. و ما ورد فیمن زوجته أمه و هو غائب من قوله ع: إن شاء قبل و إن شاء ترک إلا أن یقال إن الإطلاق مسوق لبیان أن له الترک فلا تعرض فیه لکیفیته إن المانع من صـحة الإجازة بعـد الرد القولی موجود فی الرد الفعلی و هو خروج المجیز بعـد الرد عن کونه بمنزلـة أحـد طرفی العقـد مضافـا إلی فحوی الإجماع المـدعی علی حصول فسـخ ذی الخیار بالفعل کـالوطء و البیع و العتق- فـإن الوجه فی حصول الفسـخ هو دلالتهـا علی قصـد فسـخ البیع و إلا فتوقفها علی الملک لا یوجب حصول الفسـخ بهـا بـل یوجب بطلانها لعـدم حصول الملک المتوقف علی الفسـخ قبلها حتی تصادف الملک و کیف کان فإذا صـلح الفسـخ الفعلی لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حیث الحدوث القابل للتأثیر بطریق أولی.

[ما یقع فی حال عدم التفات المالک

و أما الثانی و هو ما یقع فی حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالته علی إنشاء الرد و المفروض عدم منافاته أیضا للإجازة اللاحقة و لا یکفی مجرد رفع الید عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف علی القصد و الالتفات إلی وقوع المردود نظیر إنکار الطلاق الذی جعلوه رجوعا و لو مع عدم الالتفات إلی وقوع الطلاق علی ما یقتضیه إطلاق کلامهم. نعم لو ثبتت کفایة ذلک فی العقود الجائزة کفی هنا بطریق أولی کما عرفت لکن لم یثبت ذلک هناک فالمسألة محل إشکال بل الإشکال فی کفایة سابقه أیضا فإن بعض المعاصرین یظهر منهم دعوی الاتفاق علی اعتبار اللفظ فی الفسخ کالإجازة و لذا استشکل فی القواعد فی بطلان الوکالة بإیقاع العقد الفاسد علی متعلقها جاهلا بفساده و قرره فی الإیضاح و جامع المقاصد علی الإشکال.

[حاصل الکلام فیما یتحقق به الرد]

و الحاصل أن المتیقن من الرد هو الفسخ القولی و فی حکمه تفویت محل الإجازة بحیث لا یصح وقوعها علی وجه یؤثر من حین العقد. و أما الرد الفعلی و هو الفعل المنشأ به لمفهوم الرد فقد عرفت نفی البعد عن حصول الفسخ به و أما مجرد إیقاع ما ینافی مفهومه قصد بقاء العقد من غیر تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات إلی وقوع العقد فالاکتفاء به مخالف للأصل و فی حکم ما ذکرنا الوکالة و الوصایة- و لکن الاکتفاء فیهما بالرد الفعلی أوضح. و أما الفسخ فی العقود الجائزة بالذات أو بالخیار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلی. و أما فعل ما لا یجامع صحة العقد کالوطئ و العتق فالظاهر أن الفسخ بهما من باب تحقق

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۵

القصد قبلهما لا لمنافاتهما لبقاء العقد لأن مقتضی المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عکس ما نحن فیه و تمام الکلام فی محله ثم إن الرد إنما یثمر فی عدم صحة الإجازة بعده. و أما انتزاع المال من المشتری لو أقبضه الفضولی فلا یتوقف علی الرد بل یکفی فیه عدم الإجازة و الظاهر أن الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة علی إرادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم و لذا ذکروا أن الرجوع فی الهبة لا یتحقق به.

مسألة لو لم یجز المالک

اشارة

فإن کان المبیع فی یده فهو- و إلا فله انتزاعه ممن وجده فی یده مع بقائه و یرجع بمنافعه المستوفاة و غیرها علی الخلاف المتقدم فی البیع الفاسد و مع التلف یرجع إلی من تلف عنده بقیمته یوم التلف أو بأعلی القیم من زمان وقع فی یده و لو کان قبل ذلک فی ضمان آخر و فرضت زیادة القیمة عنده ثم نقصت عند الأخیر اختص السابق بالرجوع بالزیادة علیه کما صرح به جماعة فی الأیدی المتعاقبة هذا کله حکم المالک مع المشتری

و أما حکم المشتری مع الفضولی

اشارة

فیقع الکلام فیه تارة فی الثمن و أخری فیما یغرمه للمالک زائدا علی الثمن فهنا مسألتان

الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا

اشارة

سواء كـان باقيـا أم تالفـا و لا يقـدح فى ذلك اعترافه بكون البائع مالكا- لأن اعترافه مبنى على ظاهر يـده. نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم إسـناده إلى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة لم يرجع بشىء و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيرها ففى الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالته على الواقع وجهان

[لو كان عالما بكونه فضوليا و كان الثمن باقيا]

و إن كان عالما بالفضوليـة فإن كان الثمن باقيا استرده وفاقا للعلامـة و ولده و الشـهيدين و المحقق الثانى رحمهم الله إذ لم يحصل منه مـا يوجب انتقاله عنه شـرعا و مجرد تسـليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسـد لتسـليط كل من المتبايعين صاحبه على مـاله و لأـن الحكم بصـحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشـهور يسـتلزم تملك المالك للثمن فإن تملك البائع للثمن قبله يلزم فوات محـل الإجـازة لأـن الثمن إنمـا ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجـازة فتأمل. و هل يجوز للبائع التصـرف فيه وجهان بل قولان أقواهما العدم لأنه أكل مال بالباطل هذا كله إذا كان باقيا

[حكم ما لو كان الثمن تالفا]

و أمـا لو كان تالفا فالمعروف عـدم رجوع المشترى بل المحكى عن العلامـة و ولـده و المحقق و الشـهيد الثانيين و غيرهم رحمهم الله الاتفـاق عليه و وجهه كمـا صـرح به بعضـهم كـالحلى و العلامـة و غيرهمـا و يظهر من آخرين أيضـا أنه سـلطه على ماله بلا عوض. و توضـيح ذلك أن الضـمان إما لعموم على اليد ما أخذت و إما لقاعدة الإقدام على الضـمان الذى استدل به الشيخ و غيره على الضمان فى فاسد ما يضـمن بصـحيحه و الأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما فى الوديعة أو الانتفـاع به كمـا فى العاريـة أو لاستيفـاء المنفعـة منه كمـا فى العين المسـتأجرة فـإن الـدفع على هـذا الـوجه إذا لم يوجب الضـمان فالتسـليط على التصـرف فيه و إتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق أولى و دعوى أنه إنما سـلطه فى مقابل العوض لا مجانا حتى يشـبه الهبة الفاسدة التى تقدم عدم الضـمان فيها مندفعة بأنه إنما سـلطه فى مقابل ملك غيره فلم يضـمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه فهو يشبه الهبـة الفاسـدة و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة التى قـد حكم الشـهيد و غير واحـد بعدم الضـمان فيها و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضـمان و هو الإقـدام على الضـمان هنا لأن البائع لم يقـدم على ضـمان الثمن إلا بما علم المشترى أنه ليس ملكا له. فإن قلت تسـلطه على الثمن بإزاء مال الغير- لبنائه و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم فى تصـحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سـلطه على وجه يضـمنه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعـدم ملكية البائع للمثمن و تعاقدا معرضين عن ذلك كما هو الشأن فى المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة بل بنى المشترى على كون المثمن ملكا للبائع فالتسـليط ليس مجانا و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى إلا أن كون المثمن مالا له ادعائى فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكا للغير فإن المشترى يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقا مع أنه إنما ضـمنه الثمن بإزاء هـذا الشـىء الذى هو مال الغير فكما أن التضـمين هنا حقيقى و كون المثمن مالا له اعتقادى لا يقـدح حينئـذ تخلفه فى التضـمين فكذلك بناء المشترى فيما نحن فيه على ملك المثمن عـدوانا لا يقـدح فى التضـمين الحقيقى بماله. قلت الضـمان كون الشـىء فى عهدة الضامن و خسارته عليه و إذا كان المضـمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضـمان الحقيقى مع علمهما بـذلك. و ما ذكر من بناء المتعاقـدين فى هذا العقد على كون المثمن ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال الغير فهو إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء مع عدم

کون البائع أهلا لذلک فی الواقع و إلا فأصل المعاوضة حقیقة بین المالکین و الضمان و التضمین الحقیقی بالنسبة إلیهما و لذا ینتقل الثمن إلی مالک المبیع و یدخل فی ضمانه بمجرد الإجازة. و الحاصل أنه لا تضمین حقیقة فی تسلیط المشتری البائع علی الثمن و أما رجوع المشتری مع اعتقاد المتبایعین لمالکیة البائع للمثمن عند انکشاف الخطإ مع أنه إنما ضمنه بمال الغیر فلعدم طیب نفسه علی تصرف البائع فیه دون ضمان و إن کان ما ضمنه به غیر ملک له و لا یتحقق به التضمین لأنه إنما طابت نفسه بتصرف البائع لاعتقاد کون المثمن ملکا له و صیرورته مباحا له بتسلیطه علیه و هذا مفقود فیما نحن فیه لأن طیب النفس بالتصرف- و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل. و مما ذکرنا یظهر أیضا فساد نقض ما ذکرنا بالبیع مع علم المشتری بالفساد حیث إنه ضمن البائع بما یعلم أنه لا یضمن الثمن به و کذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتری بما یعلم أن المشتری لا یضمن به فکأنه لم یضمنه بشیء وجه الفساد أن التضمین الحقیقی حاصل هنا لأن المضمون به مال الضامن غایة الأمر أن فساد العقد مانع عن مضی هذا الضمان و التضمین فی نظر الشارع لأن المفروض فساده فإذا لم یمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص علی الضمان الحقیقی أو قاعدة إثبات الید علی مال من دون

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۶

تسلیط مجانی أو استیمان عن مالکه موجبا لضمانه علی الخلاف فی مدرک الضمان فی فاسد ما یضمن بصحیحه و شیء منهما غیر موجود فیما نحن فیه کما أوضحناه بما لا مزید علیه.

و حاصله أن دفع المال إلی الغاصب لیس إلا کدفعه إلی ثالث یعلم عدم کونه مالکا للمبیع و تسلیطه علی إتلافه فی أن رد المالک لا یوجب الرجوع إلی هذا الثالث.

نعم لو کان فساد العقد لعدم قبول العوض للملک کالخمر و الخنزیر و الحر قوی اطراد ما ذکرنا فیه من عدم ضمان عوضها المملوک مع علم المالک بالحال- کما صرح به شیخ مشایخنا فی شرحه علی القواعد هذا و لکن إطلاق قولهم أن کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده یقتضی الضمان فیما نحن فیه و شبهه نظرا إلی أن البیع الصحیح یقتضی الضمان ففاسده کذلک إلا أن یفسر بما أبطلناه سابقا من أن کل عقد یضمن علی فرض صحته یضمن علی فرض فساده و لا ریب أن العقد فیما نحن فیه و فی مثل المبیع بلا ثمن و الإجارة بلا- أجرة إذا فرض صحیحا لا یکون فیها ضمان فکذلک مع الحکم بالفساد لکنک عرفت ضعف هذا المعنی فیما ذکرناه سابقا فی توضیح هذه القضیة فإن معناه أن کل عقد تحقق الضمان فی الفرد الصحیح منه یثبت الضمان فی الفرد الفاسد منه فیختص موردها بما إذا کان للعقد فردان فعلیان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحیحا و أخری فاسدا. نعم یمکن تطبیق المعنی المختار فیما نحن فیه و شبهه بأن لا یکون المراد من العقد فی موضوع القضیة خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود کالبیع و الصلح بل یراد مطلق المعاملة المالیة التی لا یوجد لها فردان صحیح و فاسد فیقال إن ما نحن فیه و البیع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة تملیک بلا عوض من مال الآخر و الفرد الصحیح من هذه المعاملة و هی الهبة غیر المعوضة لا ضمان فیها ففاسدها کذلک فتأمل و بالجملة فمستند المشهور فی مسألتنا لا یخلو من غموض و لذا لم یصرح أحد بعدم الضمان فی بعتک بلا ثمن مع اتفاقهم علیه و صرح بعضهم بضمان المرتشی مع تلف الرشوة التی هی من قبیل الثمن فیما نحن فیه. نعم ذکر الشهید رحمه الله و غیره عدم الضمان فی الإجارة بلا أجرة و یؤید ما ذکرنا ما دل من الأخبار علی کون ثمن الکلب أو الخمر سحتا و إن أمکن الذب عنه بأن المراد التشبیه فی التحریم فلا ینافی عدم الضمان مع التلف کأصل السحت ثم إن مقتضی ما ذکرناه فی وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولی غیر بائع لنفسه بل باع عن المالک و دفع المشتری الثمن إلیه لکونه واسطة فی إیصاله إلی المالک فتلف فی یده- إذ لم یسلطه علیه و لا إذن له فی التصرف فیه فضلا عن إتلافه و لعل کلماتهم و معاقد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه و إن کان ظاهر بعضهم ثبوت الحکم فی مطلق الفضولی مع علم المشتری بالفضولیة و کذا یقوی الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتری بل أخذه بناء علی العقد الواقع بینهما فإنه لم یحصل هنا من المشتری تسلیط إلا بالعقد و التسلیط العقدی مع فساده غیر مؤثر فی دفع الضمان و

یکشف عن ذلک تصریح غیر واحد منهم بإباحة تصرف البائع فیه مع اتفاقهم ظاهرا علی عدم تأثیر العقد الفاسد فی الإباحة و کذا یقوی الضمان لو اشترط علی البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العین صاحبها و لو کان الثمن کلیا فدفع إلیه المشتری بعض أفراده فالظاهر عدم الرجوع لأنه کالثمن المعین فی تسلیطه علیه مجانا.

المسألة الثانیة أن المشتری إذا اغترم للمالک غیر الثمن

اشارة

فإما أن یکون فی مقابل العین کزیادة القیمة علی الثمن إذا رجع المالک بها علی المشتری کأن کانت القیمة المأخوذة منه عشرین و الثمن عشرة و إما أن یکون فی مقابل ما استوفاه المشتری کسکنی الدار و وطء الجاریة و اللبن و الصوف و الثمرة و إما أن یکون غرامة لم یحصل له فی مقابلها نفع کالنفقة و ما صرفه فی العمارة و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر أو إعطائه قیمة للولد المنعقد حرا و نحو ذلک أو نقص من الصفات و الأجزاء

[لو کان عالما بالفضولیة]

ثم المشتری إن کان عالما فلا رجوع له فی شیء من هذه الموارد لعدم الدلیل علیه

[لو کان جاهلا بالفضولیة]

اشارة

و إن کان جاهلا فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب کما فی الریاض. و عن الکفایة رجوع المشتری الجاهل بها علی البائع بل فی کلام بعض تبعا للمحکی عن فخر الإسلام فی شرح الإرشاد دعوی الإجماع علی الرجوع ما لم یحصل فی مقابله نفع و فی السرائر أنه یرجع قولا واحدا و فی کلام المحقق و الشهید الثانیین فی کتاب الضمان نفی الإشکال عن ضمان البائع لدرک ما یحدثه المشتری إذا قلعه المالک. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة للغرور فإن البائع مغرر للمشتری و موقع إیاه فی خطرات الضمان و متلف علیه ما یغرمه فهو کشاهد الزور الذی یرجع إلیه إذا رجع من شهادته و القاعدة نفی الضرر مضافا إلی ظاهر روایة جمیل أو فحواها: عن الرجل یشتری الجاریة من السوق فیولدها ثم یجیء مستحق الجاریة قال یأخذ الجاریة المستحق و یدفع إلیه المبتاع قیمة الولد و یرجع علی من باعه بثمن الجاریة و قیمة الولد التی أخذت فإن حریة ولد المشتری إما أن یعد نفعا عائدا إلیه أو لا و علی التقدیرین یثبت المطلوب مع أن فی توصیف قیمة الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعلیة الحکم فیطرد فی سائر ما أخذ منه

[توجیه بعض الروایات الساکتة عن رجوع المشتری إلی البائع

و أما السکوت عن رجوع المشتری إلی البائع- فی بعض الأخبار فهو لعدم کونه مسوقا لذلک کروایة زرارة: فی رجل اشتری من سوق المسلمین جاریة فخرج بها إلی أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاها من یزعم أنها له و أقام علی ذلک البینة قال یقبض ولده و یدفع إلیه الجاریة و یعوضه من قیمة ما أصاب من لبنها و خدمتها و روایة زریق قال: کنت عند أبی عبد الله ع یوما إذ دخل علیه رجلان فقال أحدهما إنه کان علی مال لرجل من بنی عمار و له بذلک حق و شهود فأخذ المال و لم أسترجع عنه الذکر بالحق و لا کتبت علیه کتابا و لا أخذت منه براءة بذلک و ذلک لأنی وثقت به و قلت له مزق الذکر بالحق الذی عندک فمات و تهاون بذلک و لم یمزقه و عقیب هذا طالبنی بالمال وراثه و حاکمونی و أخرجوا بذلک الذکر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاکم فأخذت بالمال و کان

المال كثيرا فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى الكوفة معيشة لى و قبض القوم المال و هذا رجل

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۷

من إخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثم إن ورثة الميت أقروا أن أباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يرد على معيشتى و يعطونه الثمن فى أنجم معلومة فقال إنى أحب أن تسأل أبا عبد الله ع عن هذا فقال الرجل يعنى المشترى كيف أصنع جعلت فداك قال تصنع أن ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها قال فإذا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير هذا قال نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما فى المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعته أنت فإن للزارع إما قيمة الزرع و إما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له و رد عليك القيمة و كان الزرع له قلت جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا قال له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و يأخذه قلت أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء فقال يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و رد البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض كلما خرج عنه فى إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة فى مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه. و فيه مع أنا نمنع ورودها- إلا فى مقام حكم المشترى مع المالك أن السكوت فى مقام البيان لا يعارض الدليل مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع مع أن البائع فى قضية زريق هو القاضى فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم لأن الحاكم من قبل الشارع ليس غارما من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها و إن كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر فالظاهر علم المشترى ببطلان قضاء المخالف- و تصرفه فى أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

[ما يغترمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة]

و أما الثانى و هو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء ففى الرجوع بها خلاف أقواهما الرجوع وفاقا للمحكى عن المبسوط و المحقق و العلامة فى التجارة و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم. و عن التنقيح بأن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا فى من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله و تؤيده قاعدة نفى الضرر- فإن تغريم من أقدم على إتلاف شىء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه إلى من غره فى ذلك ضرر عظيم و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر و كيف كان فصدق الضرر و إضرار الغار به مما لا يخفى خصوصا فى بعض الموارد فما فى الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفى الضرر المفقود فى المقام لوصول العوض إلى المشترى لا يخلو عن شىء مضافا إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر فى قاعدة الغرور بل هى مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة و الإجماع بصورة الضرر و أما قوة المسبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا إليه كما فى المكره و كما فى الريح العاصف الموجب للإحراق و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقتها و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلا كما نسب إلى ظاهر الأصحاب فى المكره لكون المباشر بمنزلة الآلة و أما فى غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود فلا بد من الرجوع بالأخرة إلى قاعدة الضرر أو الإجماع المدعى فى الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى أو بالأخبار الواردة فى الموارد المتفرقة أو كون الغار سببا فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور فى ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أما الأخير فواضح و أما الأول فقد عرفته و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا فى خصوص المسألة إلا أن تحققهما فى نظائر المسألة كاف فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهرا و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدى الزور مورد الأخبار و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا. و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما فى كلام بعض حيث عدل فى رد

مستند المشهور عما فی الریاض من منع الکبری إلی منع الصغری فإن الإنصاف أن مفهوم الغرر و الموجب للرجوع فی باب الإتلاف و إن کـان غیر منقـح إلا أن المتیقن منه ما کان إتلاف المغرور لمال الغیر و إثبات یـده علیه لا بعنوان أنه مال الغیر بل قصـده إلی إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف فیکون غیر قاصد لإتلاف مال الغیر فیشـبه المکره فی عدم القصد هذا کله مضافا إلی ما قد یقال من دلالـة روایـة جمیل المتقدمـة بناء علی أن حریـة الولد منفعة راجعة إلی المشتری و هو الذی ذکره المحقق احتمالا فی الشـرائع فی باب الغصب بناء علی تفسیر المسالک و فیه تأمل.

[ما یغترمه فی مقابل العین

ثم إن ما ذکرنا فی حکم هذا القسم یظهر حکم ما یغرمه فی مقابل العین- من زیادة القیمة علی الثمن الحاصـلة وقت العقد کما لو باع ما ساوی عشـرین بعشـرة فتلف فأخذ منه المالک عشـرین فإنه لا یرجع بعشرة الثمن و إلا لزم تلفه من کیس البائع من دون أن یغره فی ذلک لأنه لو فرض صـدق البائع فی دعوی الملکیـة لم یزل غرامـة المشتری للثمن بإزاء المبیع التالف فهـذه الغرامـة للثمن لم تنشأ عن کـذب البـائع و أمـا العشـرة الزائـدة فإنمـا جـاءت غرامتهـا من کـذب البائع فی دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع. و مما ذکرنا یظهر اندفاع ما ذکر فی وجه عدم الرجوع من أن المشتری إنما أقدم علی ضـمان العین و کون تلفها منه کما هو شأن فاسد کل عقد یضـمن بصـحیحه و مع الإقدام لا غرور و لذا لم یقل به فی العشرة المقابلة للثمن. توضیح الاندفاع- أن الإقدام إنما کان علی ضمانه بالثمن إلا أن الشارع جعل القبض علی هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له سببا لضمان المبیع بقیمته الواقعیة فالمانع من تحقق الغرور و هو الإقدام لم یکن إلا فی مقابل الثمن و الضمان المسبب عن هذا الإقدام لما کان لأجل فساد العقد المسبب عن تغریر البائع کان المترتب علیه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا علی الغار

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۸

فغرامـة العشـرة الزائـدة و إن کانت مسببة عن الإقدام إلا أنها لیست مقدما علیها هذا کله مع أن التحقیق علی ما تقدم سابقا- أن سـبب الضـمان فی العقـد الفاسد هو القبض الواقع لا علی وجه الائتمان و أن لیس الإقدام علی الضـمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلک الضمان و إن استدل به الشیخ و أکثر من تأخر عنه و قد ذکرنا فی محله توجیه ذلک بما یرجع إلی الاستدلال بالید فراجع و کیف کان فجریـان قاعـدة الغرر فیما نحن فیه أولی منه فیما حصل فی مقابلته نفع هـذا إذا کانت الزیادة موجودة وقت العقـد و لو تجـددت بعـده فالحکم بالرجوع فیه أولی

[ما یغترمه بإزاء الأجزاء التالفة]

هذا کله فیما یغرمه المشتری بإزاء نفس العین التالفة. و أما ما یغرمه المشتری بإزاء أجزائه التالفة فالظاهر أن حکمه حکم المجموع فی أنه یرجع فی الزائد علی ما یقابل ذلک الجزء لا فیما یقابله علی ما اخترناه و یجیء علی القول الآخر عدم الرجوع فی تمام ما یغرمه.

[ما یغترمه بإزاء الأوصاف التالفة]

و أما ما یغرمه بإزاء أوصافه فإن کانت مما لا یسـقط علیه الثمن کما عـدا وصف الصـحة من الأوصاف التی یتفاوت بها القیمـة کما لو کان عبـدا کاتبا فنسـی الکتابـة عند المشتری فرجع المالک علیه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتری علی البائع لأنه لم یقدم علی ضـمان ذلک.

[حکم ما یغترمه المشتری فیما إذا کان البیع فاسدا من غیر جهة الفضولیة]

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشترى على البائع بما يغرمه إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحا- من غير جهة كون البائع غير مالك- أما لو كان فاسدا من جهة أخرى فلا رجوع على البائع لأن الغرامة لم تجىء من تغرير البائع فى دعوى الملكية و إنما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه لم تزل الغرامة غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق و المالك على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشترى به على تقديرى صدق البائع و كذبه ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أن كل ما يرجع المشترى به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشترى إذا رجع عليه- لأن المفروض قرار الضمان على البائع. و أما ما لا يرجع المشترى به على البائع كمساوى الثمن من القيمة فيرجع البائع به على المشترى إذا غرمه للمالك و الوجه فى ذلك حصول التلف فى يده.

[حكم المالك بالنسبة إلى الأيادى المتعاقبة]

فإن قلت إن كلا من البائع و المشترى- يتساويان فى حصول العين فى يدهما العادية التى هى سبب للضمان و حصول التلف فى يد المشترى لا- وجه له و لا- دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه. نعم لو أتلف بفعله رجع لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق. قلت توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف- و صيرورته فى عهدة كل منهما مع أن الشىء الواحد لا يعقل استقراره إلا فى ذمة واحدة و أن الموصول فى قوله على اليد ما أخذت شىء واحد كيف يكون على كل واحدة من الأيادى المتعددة فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها و دركها بعد التلف عليه فإذا فرضت أيد متعددة تكون العين الواحدة فى عهدة كل من الأيادى لكن ثبوت الشىء الواحد فى العهدات المتعددة معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفها و حيث إن الواجب هو تدارك التالف الذى يحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن العهدة عند تلفه فهو يملك ما فى ذمة كل منهم على البدل بمعنى أنه إذا استوفى من أحدهم سقط من الباقى لخروج الباقى عن كونه تداركا لأن المتدارك لا يتدارك. و الوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقى أن مطالبته ما دام لم يحصل إليه المبدل و لا بد له فأيهما حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقى شىء له فى ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. و يتحقق مما ذكرنا أن المالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية إذ يستحيل اتصاف شىء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف و أصلا إلى المالك و يمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث إنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشترى عندنا كما فى الإيضاح و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به فى التذكرة و قواه فى الإيضاح و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة. و قد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة فى درسه أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال قال و نظيره فى العبادات الواجب الكفائى و فى الأموال الغاصب من الغاصب هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدى.

[حكم الأيادى المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض

و أما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب فى أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق- ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه فى خطر الضمان كما لا- ريب فى أن السابق إذا رجع عليه و كان غارا للاحقه لم يرجع إليه إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له فنقول إن الوجه فى رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللاحق فإذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل و إلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثانى فإنما هو تدارك لما استقر تداركه فى ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد فإن أداه إلى المالك سقط تدارك

الأول له و لا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك لأنه من باب الغرامة و التدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك و ليس من قبيل العوض لما فى ذمة الأول فحال الأول مع الثانى كحال الضامن مع المضمون عنه فى أنه يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء. و الحاصل أن من تلف المال فى يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك و من سبقه فى اليد فتشتغل ذمته إما بتدارك العين و إما بتدارك ما تداركها و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان فى الأيدى المتعاقبة اشتغال ذمة إشخاص على البدل لشيء واحد لشخص واحد و ربما يقال فى وجه رجوع غير من تلف المال فى يده إلى من تلف فى يده لو رجع عليه إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۹

بأداء ما اشتغلت ذمته به فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك فى ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية قال و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده و بين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمى إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو انتهى و أنت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأن خطابه ذمى و خطاب غيره شرعى مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة إليهما على السواء. و المفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد فى كون كل من ذوى الأيدى مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون فى إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله و تقديمه على الوصايا و الضرر فيه مع الغرماء و مصالحة المالك عنه مع آخر إلى غير ذلك من أحكام ما فى الذمة مع أن تملك غير من تلف المال بيده لما فى ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل لا يعلم له سبب اختيارى و لا قهرى بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عمن تلف فى يده بمجرد أداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه فى الأيدى العادية إلا بمن تلف فى يده مع أن الظاهر خلافه فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده. نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلفت فى يده

[لو كانت العين باقية فى الأيادى المتعاقبة]

هذا كله إذا تلف المبيع فى يد المشترى و قد عرفت الحكم أيضا فى صورة بقاء العين و أنه يرجع المالك بها على من فى يده أو من جرت يده عليها فإن لم يمكن انتزاعها ممن هى فى يده غرم للمالك بدل الحيلولة- و للمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة و لا ترتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثانى لأن عهدتها على الأول فيجب عليه تحصيلها و إن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مئونة الاسترداد ليباشر بنفسه و لو لم يقدر على استردادها إلا المالك و طلب من الأول عوضا عن الاسترداد فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائدة عليها مما يعد إجحافا على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين و أما إذا تغيرت فتجيء فيه صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها و إن كان كثير مما ذكرنا أيضا مما لا يناسب ذكره إلا فى باب الغصب إلا أن الاهتمام بها دعانى إلى ذكرها فى هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم و العمل إنه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه

فعلى القول ببطلان الفضولى فالظاهر أن حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله- و الحكم فيه الصحة لظهور الإجماع بل دعواه عن غير واحد مضافا إلى صحيحة الصفار المتقدمة فى أدلة بطلان الفضولى من قوله ع: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء

من البائع على ما يملك و لما ذكرنا قال بها من قال ببطلان الفضولى كالشيخ و ابن زهرة و الحلى و غيرهم. نعم لو لا النص و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجىء فى بيع ما يملك و ما لا يملك و أما على القول بصحة الفضولى فلا ينبغى الريب فى الصحة مع الإجازة بل و كذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ للمشترى- مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة و سيجىء فى أقسام الخيار بل عن الشيخ فى الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه و يؤيده صحيحة الصفار و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن و كلام الغنية على العالم ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيدة فى بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعى كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضميمة و سيجىء الكلام فى محله ثم إن البيع المذكور صحيح- بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن و موقوف فى غيره بحصته و طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن فى غير المثلى أن يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلاثة دنانير و قيل إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان فيرجع المشترى بثلثى الثمن و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به فى الإرشاد حيث قال و يسقط المسمى على القيمتين و لعله أيضا مرجع ما فى الشرائع و القواعد و اللمعة من أنهما يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما و لهذا فسر بهذه العبارة المحقق الثانى عبارة الإرشاد حيث قال طريق تقسيط المسمى على القيمتين إلى آخره. لكن الإنصاف أن هذه العبارة الموجودة فى هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التى اخترناها فى طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمها معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم ثم يقوم أحدهما ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا إلا أمران تقويم كل منهما و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم أحدهما بنفسه ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع و من هنا أنكر عليهم جماعة تبعا لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصراعى باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة فإنه إذا رجع المشترى بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحق من البائع واحدا من الخمسة فيبقى للبائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد مع أنه لم يستحق من الثمن إلا مقدارا من الثمن مساويا لما يقابل المصراع الآخر أعنى درهمين و نصفا. و الحاصل أن البيع إنما يبطل فى ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة و يصح فى نصيب المالك بحصة كأن يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر هذا و لكن الظاهر أن كلام الجماعة إما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع أو مرادهم من تقويمهما تقويم كل منهما منفردا و يراد من تقويم أحدهما ثانيا ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين و إلا ففساد الضابط المذكور فى كلامهم

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۰

لا- يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع فى الزيادة التى لا يمكن القول فيها و إن كان ضعيفا بأخذ النسبة للمشترى بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع بل تنتقض بصورة مدخلية الاجتماع فى نقصان القيمة بحيث تكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد فإن هذه فرض ممكن كما صرح به فى رهن جامع المقاصد و غيره فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثمن كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين- نسبة الشىء إلى مماثله فيرجع بكل الثمانية و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق فى جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين فإن قلت إن المشترى إنما بذل الثمن فى مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا فله من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة و هو درهم واحد فالزيادة ظلم على المشترى و إن كان ما أوهمته عبارة الشرائع و شبهها من أخذ البائع أربعة و المشترى واحدا أشد ظلما كما نبه عليه فى بعض حواشى الروضة فاللازم أن يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا أو على هيئته الاجتماعية و يعطى البائع من

الثمن بنسبة قیمة ملکه منفردا و یبقی للمشتری بنسبة قیمة ملک الآخر منفردا و قیمة هیئته الاجتماعیة. قلت فوات وصف الانضمام- کسائر الأوصاف الموجبة لزیادة القیمة لیس مضمونا فی باب المعاوضات و إن کان مضمونا فی باب العدوان غایة الأمر ثبوت الخیار مع اشتراط تلک الصفة و لا فرق فیما ذکرنا بین کون ملک البائع و ملک غیره متعددین فی الوجود کعبد و جاریة أو متحدین کعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغیره فإنه لا یوزع الثمن علی قیمة المجموع أثلاثا لأن الثلث لا یباع بنصف ما یباع به الثلثان لکونه أقل رغبة منه بل یلاحظ قیمة الثلث و قیمة الثلثین و یؤخذ النسبة منهما لیؤخذ من الثمن بتلک النسبة هذا کله فی القیمی أما المبیع المثلی- فإن کانت الحصة مشاعة قسط الثمن علی نفس المبیع فیقابل کل من حصتی البائع و الأجنبی بما یخصه و إن کانت حصة کل منهما معینة کان الحکم کما فی القیمی من ملاحظة قیمتی الحصتین و تقسیط الثمن علی المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلک الدار

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغیر عمل به و إلا فإن علم أنه لم یقصد بقوله بعتک نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ ففیه احتمالان حمله علی نصفه المملوک له و حمله علی النصف المشاع بینه و بین الأجنبی و منشأ الاحتمالین إما تعارض ظاهره النصف أعنی الحصة المشاعة فی مجموع النصفین مع ظهور انصرافه فی مثل المقام من مقامات التصرف إلی نصفه المختص و إن لم یکن له هذا الظهور فی غیر المقام و لذا یحمل الإقرار علی الإشاعة کما سیجیء أو مع ظهور إنشاء البیع فی البیع لنفسه لأن بیع مال الغیر لا بد فیه إما من نیة الغیر أو اعتقاد کون المال لنفسه و إما من بنائه علی تملکه للمال عدوانا کما فی بیع الغاصب و الکل خلاف المفروض هنا. و مما ذکرنا یظهر الفرق بین ما نحن فیه و بین قول البائع بعت غانما مع کون الاسم مشترکا بین عبده و عبد غیره حیث ادعی فخر الدین الإجماع علی انصرافه إلی عبده فقاس علیه ما نحن فیه إذ لیس للفظ المبیع هنا ظهور فی عبد الغیر فیبقی ظهور البیع فی وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبیع فی مقام التصرف إلی مال المتصرف سلیمین عن المعارض فیفسر بهما إجمال لفظ المبیع ثم إنه لو کان البائع وکیلا-فی بیع النصف أو ولیا عن مالکه فهل هو کالأجنبی وجهان مبنیان علی أن المعارض لظهور النصف فی المشاع هو انصراف لفظ المبیع إلی مال البائع فی مقام التصرف أو ظهور التملیک فی الأصالة الأقوی هو الأول لأن ظهور التملیک فی الأصالة من باب الإطلاق و ظهور النصف فی المشاع و إن کان کذلک أیضا إلا أن ظهور المقید وارد علی ظهور المطلق. و ما ذکره الشهید الثانی من عدم قصد الفضولی إلی مدلول اللفظ و إن کان مرجعه إلی ظهور وارد علی ظهور المقید إلا أنه مختص بالفضولی لأن القصد الحقیقی موجود فی الوکیل و الولی فالأقوی فیهما الاشتراک فی البیع تحکیما لظاهر النصف إلا أن یمنع ظهور النصف إلا فی النصف المشاع فی المجموع و أما ملاحظة حقی المالکین و إرادة الإشاعة فی الکل من حیث إنه مجموعهما فغیر معلومة- بل معلومة العدم بالفرض. و من المعلوم أن النصف المشاع بالمعنی المذکور یصدق علی نصفه المختص فقد ملک کلیا یملک مصداقه فهو کما لو باع کلیا سلفا مع کونه مأذونا فی بیع ذلک عن غیره أیضا لکنه لم یقصد إلا مدلول اللفظ من غیر ملاحظة وقوعه عنه أو عن غیره فإن الظاهر وقوعه لنفسه لأنه عقد علی ما یملکه فصرفه إلی الغیر من دون صارف لا وجه له و لعله لما ذکرنا ذکر جماعة کالفاضلین و الشهیدین و غیرهم أنه لو أصدق المرأة عینا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقی لا نصف الباقی و قیمة نصف الموهوب و إن ذکروا ذلک احتمالا و لیس إلا من جهة صدق النصف علی الباقی فیدخل فی قوله تعالی فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ و إن کان یمکن توجیه هذا الحکم منهم بأنه لما کان الربع الباقی للمرأة من الموجود مثلا-للربع التالف من الزوج و مساویا له من جمیع الجهات بل لا- تغایر بینهما إلا بالاعتبار فلا وجه لاعتبار القیمة نظیر ما لو دفع المقترض نفس العین المقترضة مع کونها قیمیة لکن الظاهر أنهم لم یریدوا هذا الوجه و إنما عللوا استحقاقه للنصف الباقی ببقاء مقدار حقه فلا یخلو عن منافاة لهذا المقام و نظیره فی ظهور المنافاة لما هنا ما ذکروه فی باب الصلح- من أنه إذا أقر من بیده المال لأحد المدعیین للمال بسبب موجب للشرکة کالإرث

فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعا فى نصيبها فإن أجاز شريكه نفذ فى المجموع و إلا نفذ فى الربع فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالحة بنصف المقر له لأنه إن أوقع الصلح على نصفه الذى أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه و إن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته فلا وجه لاشتراكه بينه و بين

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۱

شريكه و لذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له و فصل فى المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف و بين ما إذا وقع على النصف الذى أقر به ذو اليد فاختار مذهب المشهور فى الثالث لأن الإقرار منزل على الإشاعة و حكمه بالاختصاص فى الأولين لاختصاص النصف وضعا فى الأول و انصرافا فى الثانى إلى النصف المختص و اعترضه فى مجمع الفائدة بأن هذا ليس تفصيلا بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به و تمام الكلام فى محله و على كل حال فلاـ إشكال فى أن لفظ النصف المقر به إذا وقع فى كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضى صرفه إلى نصفه يحمل على المشاع فى نصيبه و نصيب شريكه و لهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين بأن ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع فى النصيبين- فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما فى يده لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه فى النصف لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبته إلى المقر و المقر له على حد سواء فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع على الاستحقاق. و دعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما فى يد كل منهما فيكون فى يد المقر سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال إن له فى يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبة إلى ما فى يد الغير غير مسموع فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما فى يده و هو السدس المقر به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بأن ما فى يد الغير ليس عين ماله فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره بل هو مقدار حصته المشاعة كحصة المقر و حصة المقر له بزعم المقر إلا أنه لما يجبر المكذب على دفع شىء مما فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده إلا على احتمال ضعيف و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه الشريك لنفسه لكنه احتمال مضعف فى محله و إن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للحرج أو السيرة. نعم يمكن أن يقال فى هذا المقام بأن التلف فى المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر و الشارع إنما أذن له فى أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له فالشارع إنما حسب السدس فى يد المنكر على المقر له فلا يحسب منه على المقر شىء و ليس هذا كأخذ الغاصب جزء معينا من المال عدوانا بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين. و الحاصل أن أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع و إنما أذن له على أن يكون من مال المقر له و لعله لذا ذكر الأكثر بل نسبه فى الإيضاح إلى الأصحاب فى مسألة الإقرار بالنسب أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده و هو الثالث و لا يدفع إليه نصف ما فى يده نظرا إلى أنه أقر بتساويهما فى مال المورث و كل ما حصل كان لهما و كل ما نوى كذلك هذا و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة أن الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذى أقر به. و من المعلوم أن مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمناصفة و أما المنكر فإن كان عالما فيكون ما فى يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا ما قابل حصته عما فى يدهما و الزائد حق لهما عليه. و أما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر و حكاه الكلينى عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد بل ظاهره جعل فتواه كروايته إلا أنه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوى فى المسالك الحمل على الإشاعة و تبعه سبطه و السيد [صاحب الرياض فى شرحى النافع. و الظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل و الكلينى بل و غيرهما. فروى الصدوق مرسلا و الشيخ مسندا عن وهب بن وهب أبى البخترى عن جعفر ابن محمد عن أبيه ع قال: قضى

علي ع في رجل مات و ترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله و إن أقر اثنان من الورثة و كانا عدلين أجيز ذلك على الورثة و إن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا و كذلك إن أقر بعض الورثة بأخ أو أخت إنما يلزمه في حصته و بالإسناد قال قال علي ع:

من أقر لأخيه فهو شريك في المال و لا يثبت نسبه فإن أقر اثنان فكذلك إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم.

و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد و تمام الكلام في محله من كتاب الإقرار و الميراث إن شاء الله.

مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

كالخمر و الخنزير صفقة بثمن واحد صح في المملوك عندنا كما في جامع المقاصد و إجماعا كما عن الغنية و يدل عليه إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة و دعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من أن التراضي و التعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا فالحكم بالإمضاء في البعض مع كونه مقصودا إلا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه و قد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط و ذكر أن في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا و تمام الكلام في باب الشروط- و يكفي هنا الفرق بالنص و الإجماع. نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكر في المسالك وفاقا للمحكي في التذكرة عن الشافعي من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع قال في التذكرة بعد ذلك و ليس عندي بعيدا من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرية الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه انتهى. و يمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفا و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غررا في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۲

حيث قال إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و حكمه و إلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلا قصد انتهى لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور حيث حكموا بالتقسيط- و إن كان مناسبا لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع لأنه سلطه عليه مجانا فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك إما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي و إما لبقاء ذلك القسط له مجانا كما قد يلوح من جامع المقاصد و المسالك إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد ثم إن طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره- يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير من أن العبرة بتقويم كل منهما منفردا و نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك. و قد ذكروا أن الحر يفرض عبدا بصفاته و يقوم و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتهما عند من يراهما مالا و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتهما إذا باع الخنزير بعنوان أنه شاة و الخمر بعنوان أنها خل فبان الخلاف- بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل و الشاة كالحر.

[القول في أولياء التصرف

مسألة يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل- بالبيع و الشراء

اشارة

و يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة و فحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح

[عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب و الجد]

و المشهور عدم اعتبار العدالة للأصل و الإطلاقات و فحوى الإجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج خلافا للمحكي عن الوسيلة و الإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلا في الأخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل إقراراته و إخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه انتهى. و لعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم التي أشار إليها في جامع المقاصد و في دلالة الآية نظر و أضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة إذ المحذور يندفع كما في جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله انتهى

و هل يشترط في تصرفه المصلحة- أو يكفي عدم المفسدة أم لا

يعتبر شيء وجوه- يشهد للأخير إطلاق ما دل على أن مال الوالد للوالد كما في رواية سعد بن يسار و أنه و ماله لأبيه كما في النبوي المشهور و صحيحة ابن مسلم: إن الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء و ما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا ع: من أن علة تحليل مال الولد لوالده أن الولد موهوب للوالد في قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ إِناثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ الذُّكُورَ و يؤيده أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب- كما يشهد له قوله ع في رواية الحسين بن أبي العلاء قال: قلت لأبي عبد الله ع ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف إذا اضطر إليه قال فقلت له فقول رسول الله ص للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له أنت و مالك لأبيك فقال إنما جاء بأبيه إلى النبي ص فقال يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي عن أمي فأخبره الأب أنه قد أنفقه عليه و على نفسه فقال النبي ص أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله ص يحبس الأب للابن و نحوها صحيحة أبي حمزة الثمالي: عن أبي جعفر ع قال قال رسول الله ص لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر ع ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه أن الله لا يحب الفساد. فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة و أنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل هذا كله مضافا إلى عموم قوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فإن إطلاقه يشمل الجد و يتم في الأب بعدم الفصل و مضافا إلى ظهور الإجماع على عدم اعتبار المفسدة بل في مفتاح الكرامة استظهر الإجماع تبعا لشيخه في شرح القواعد على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة و ليس ببعيد فقد صرح به في محكي المبسوط حيث قال و من يلي أمر الصغير و المجنون خمسة الأب و الجد للأب و وصي الأب و الجد و الحاكم و من يأمره ثم قال و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلا لأنه خلاف ما نصب له انتهى و قال الحلي في السرائر لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه و هذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب انتهى. و قد صرح بذلك أيضا المحقق و

العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و غیرهم بل فی شرح الروضة للفاضل الهندی أن المتقدمین عمموا الحکم باعتبار المصلحة من غیر استثناء و استظهر فی مفتاح الکرامة من عبارة التذکرة فی باب الحجر نفی الخلاف فی ذلک بین المسلمین. و قد حکی عن الشهید فی حواشی القواعد أن قطب الدین قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله أنه لو باع الولی بدون ثمن المثل لم لا ینزل منزلة الإتلاف بالاقتراض لأنا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو یستلزم جواز إتلافه قال و توقف زاعما أنه لا یقدر علی مخالفة الأصحاب هذا و لکن الأقوی کفایة عدم المفسدة- وفاقا لغیر واحد من الأساطین الذین عاصرناهم لمنع دلالة الروایات علی أکثر من النهی عن الفساد فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة فی سلطنة الوالد علی الولد و ماله. و أما الآیة الشریفة فلو سلم دلالتها فهی مخصصة بما دل علی ولایة الجد و سلطته الظاهرة فی أن له أن یتصرف فی مال الطفل بما لیس فیه مفسدة له فإن ما دل علی ولایة الجد فی النکاح معللا بأن البنت و أباها للجد. و قوله ص: أنت و مالک لأبیک خصوصا مع استشهاد الإمام ع به فی مضی نکاح الجد بدون إذن الأب ردا علی من أنکر ذلک و حکم ببطلان ذلک من العامة فی مجلس بعض الأمراء و غیر ذلک یدل علی ذلک مع أنه لو سلمنا عدم التخصیص وجب الاقتصار علیه فی حکم الجد دون الأب و دعوی عدم القول بالفصل ممنوعة فقد حکی عن بعض متأخری المتأخرین

المکاسب، ج۲، ص ۱۵۳

القول بالفصل بینهما فی الاقتراض مع عدم الیسر

[مشارکة الجد و إن علا للأب فی الحکم

ثم لا خلاف ظاهرا کما ادعی فی أن الجد و إن علا یشارک الأب فی الحکم و یدل علیه ما دل علی أن الشخص و ماله الذی منه مال ابنه لأبیه و ما دل علی أن الولد و والده لجده

و لو فقد الأب و بقی الجد فهل أبوه أو جده یقوم مقامه فی المشارکة أو یخص هو بالولایة

قولان من ظاهر أن الولد و والده لجده و هو المحکی عن ظاهر جماعة و من أن مقتضی قوله تعالی وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلی بِبَعْضٍ کون القریب أولی بقریبه من البعید فینفی ولایة البعید و خرج منه الجد مع الأب و بقی الباقی و لیس المراد من لفظ الأولی التفضیل مع الاشتراک فی المبدأ بل هو نظیر قولک هو أحق بالأجر من فلان و نحوه و هذا محکی عن جامع المقاصد و المسالک و الکفایة و للمسألة مواضع أخر تأتی إن شاء الله.

مسألة من جملة أولیاء التصرف فی مال من لا یستقل بالتصرف فی ماله الحاکم

اشارة

و المراد منه الفقیه الجامع لشرائط الفتوی و قد رأینا هنا ذکر مناصب الفقیه امتثالا لأمر أکثر حضار مجلس المذاکرة فنقول مستعینا بالله

للفقیه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة

أحدها الإفتاء فیما یحتاج إلیها العامی فی علمه

و مورده المسائل الفرعیة و الموضوعات الاستنباطیة من حیث ترتب حکم فرعی علیها و لا إشکال و لا خلاف فی ثبوت هذا المنصب للفقیه إلا ممن لا یری جواز التقلید للعامی و تفصیل الکلام فی هذا المقام موکول إلی مباحث الاجتهاد و التقلید.

الثانی الحکومة

فله الحکم بما یراه حقا فی المرافعات و غیرها فی الجملة و هذا المنصب أیضا ثابت له بلا خلاف فتوی و نصا و تفصیل الکلام فیه من حیث شرائط الحاکم و المحکوم به و المحکوم علیه موکول إلی کتاب القضاء.

الثالث ولایة التصرف فی الأموال و الأنفس

اشارة

و هو المقصود بالتفصیل هنا فنقول

الولایة تتصور علی وجهین

الأول استقلال الولی بالتصرف

مع قطع النظر عن کون تصرف غیره منوطا بإذنه أو غیر منوط به و مرجع هذا إلی کون نظره سببا فی جواز تصرفه.

الثانی عدم استقلال غیره بالتصرف

و کون تصرف الغیر منوطا بإذنه و إن لم یکن هو مستقلا بالتصرف و مرجع هذا إلی کون نظره شرطا فی جواز تصرف غیره و بین موارد الوجهین عموم من وجه ثم إذنه المعتبر فی تصرف الغیر إما أن یکون علی وجه الاستنابة کوکیل الحاکم و إما أن یکون علی وجه التفویض و التولیة کمتولی الأوقاف من قبل الحاکم و إما أن یکون علی وجه الرضا کإذن الحاکم لغیره لفظا فی الصلاة علی میت لا ولی له

[ثبوت الولایة بالمعنی الأول للنبی و الأئمة ع

اشارة

إذا عرفت هذا فنقول مقتضی الأصل عدم ثبوت الولایة لأحد- بشیء من الأمور المذکورة خرجنا عن هذا الأصل فی خصوص النبی و الأئمة صلوات الله علیهم أجمعین بالأدلة الأربعة

[الاستدلال بالکتاب

قال الله تعالی النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَ ما کانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لا مُؤْمِنَةٍ إِذا قَضَی اللَّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ یَکُونَ لَهُمُ الْخِیَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ- فَلْیَحْذَرِ الَّذِینَ یُخالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِیبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ یُصِیبَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ و أَطِیعُوا اللَّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ و إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ الآیة إلی غیر ذلک.

[الاستدلال بالروايات

و قال النبي ص كما في رواية أيوب بن عطية: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و قال في يوم غدير خم: أ لست أولى بكم من أنفسكم قالوا بلى قال من كنت مولاه فهذا علي مولاه.

و الأخبار في افتراض طاعتهم و كون معصيتهم كمعصية الله كثيرة يكفي في ذلك منها مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة أبي خديجة و التوقيع الآتي حيث علل فيه حكومة الفقيه و تسلطه على الناس بأني قد جعلته كذلك و أنه حجتي عليكم.

[الاستدلال بالإجماع و العقل

و أما الإجماع فغير خفي و أما العقل القطعي فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم أولياء النعم و غير المستقل حكمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى لأن الحق هنا أعظم بمراتب فتأمل. و المقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية و أنه لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطنته على الأموال و الأنفس. و بالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التتبع و التأمل أن للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى و أن تصرفهم نافذ على الرعية ماض مطلقا هذا كله في ولايتهم بالمعنى الأول.

و أما بالمعنى الثاني أعني اشتراط تصرف الغير بإذنهم

فهو و إن كان مخالفا للأصل إلا أنه قد وردت أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع غير المأخوذة على شخص معين من الرعية كالحدود و التعزيرات و التصرف في أموال القاصرين و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك يكفي في ذلك ما دل على أنهم أولو الأمر و الولاية فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص و كذا ما دل على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث معللا بأنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله فإنه دل على أن الإمام هو المرجع الأصلي. و ما عن العلل بسنده عن الفضل بن الشاذان: عن مولانا أبي الحسن الرضا ع في علل حاجة الناس إلى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل و منها أنا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملة من الملل عاشوا و بقوا إلا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه من أمر الدين و الدنيا فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بلا رئيس و هو يعلم أنه لا بد لهم منه و لا قوام لهم إلا به هذا مضافا إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات و أنها لإمام المسلمين و في الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد و غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع و كيف كان فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامة بدون إذنهم و رضاهم لكن لا عموم يقتضي أصالة توقف كل تصرف على الإذن. نعم الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولي الأمر و ولاته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة و المرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع و إلا فإلى الأصول العملية لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجة و إنما تنفع ذلك مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض

و بالجملة فلا يهمنا التعرض لذلك

إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه

اشارة

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۴

بأحد الوجهين المتقدمين فنقول

أما الولاية على الوجه الأول أعنى استقلاله فى التصرف

فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار واردة فى شأن العلماء مثل: إن العلماء ورثة الأنبياء و ذلک أن الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر و أن: العلماء أمناء الرسل. و قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه و قوله ص: علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل و فى المرسلة المروية فى الفقه الرضوى: أن منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنى إسرائيل و قوله ع فى نهج البلاغة: أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاءوا به إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْراهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ إلى آخر الآية و قوله ص ثلاثا: اللهم ارحم خلفائى قيل و من خلفاؤک يا رسول الله قال الذين يأتون بعدى و يروون حديثى و سنتى و قوله ع فى مقبولة [عمر] بن حنظلة: قد جعلته عليكم حاكما و فى مشهورة أبى خديجة: جعلته عليكم قاضيا و قوله عجل الله فرجه: هم حجتى عليكم و أنا حجة الله. إلى غير ذلک مما يظفر به المتتبع لكن الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية لا كونهم كالنبى و الأئمة ص فى كونهم أولى بالناس فى أموالهم فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعا. نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما- بدفعهما إلى الفقيه مطلقا أو بعد المطالبة لو أفتى بذلک الفقيه وجب اتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداء أو بعد الاختيار فيخرج عن محل الكلام هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار وجب حملها على إرادة العام من الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته من حيث كونه رسولا مبلغا و إلا لزم تخصيص أكثر أفراد العام لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلا فى موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته. و بالجملة فأقامه الدليل على وجوب إطاعة الفقيه كالإمام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى أعنى توقف تصرف الغير على إذنه

فيما كان متوقفا على إذن الإمام ع و حيث إن موارد التوقف على إذن الإمام غير مضبوطة فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها فنقول كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده فى الخارج إن علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الأب فى مال ولده الصغير أو صنف خاص كالإفتاء و القضاء أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلا إشكال فى شيء من ذلک و إن لم يعلم ذلک و احتمل كونه مشروطا فى جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليته لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة إن كان مما يرى الاستنابة فيه و إلا عطله فإن كونه معروفا لا ينافى إناطته بنظر الإمام ع و الحرمان عنه عند فقده كسائر البركات التى حرمنا منها بفقده عجل الله تعالى فرجه. و مرجع هذا إلى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده من موجد خاص. أما وجوب الرجوع إلى الفقيه فى الأمور المذكورة فيدل عليه مضافا إلى ما يستفاد من جعله حاكما كما فى مقبولة ابن حنظلة الظاهرة فى كونه كسائر الحكام المنصوبة فى زمان النبى ص و الصحابة فى إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة إليه و الانتهاء فيها إلى نظره بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع فى الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه و إلى ما تقدم من قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه التوقيع المروى فى إكمال الدين و كتاب الغيبة و احتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التى ذكر: إنى سألت العمرى رضى الله عنه أن يوصل لى إلى الصاحب عجل الله فرجه كتابا فيه تلک المسائل التى قد أشكلت على فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية و السلام فى أجوبتها

و فيها و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتى عليكم و أنا حجة الله فإن المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الأمور التى لا- بد من الرجوع فيها عرفا أو عقلا- أو شرعا إلى الرئيس مثل النظر فى أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه منها أن الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرة أو استنابة لا الرجوع فى حكمها إليه. و منها التعليل بكونهم حجتى عليكم و أنا حجة الله فإنه إنما يناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر فكان هذا منصب ولاة الإمام من قبل نفسه لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام و إلا كان المناسب أن يقول إنهم حجج الله عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بأنهم أمناء الله على الحلال و الحرام. و منها أن وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية إلى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف مما لم يكن يخفى على مثل إسحاق ابن يعقوب حتى يكتبه فى عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة إلى رأى أحد و نظره فإنه يحتمل أن يكون الإمام ع قد وكله فى غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان. و الحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات ثم إن النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة فى إذن الشارع فى كل معروف لكل أحد مثل قوله ع: كل معروف صدقة و قوله ع: عون الضعيف من أفضل الصدقة و أمثال ذلك و إن كانت عموما من وجه إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام ع أو نائبه فى الأمور العامة التى يفهم عرفا دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر فى قوله أُولِي الْأَمْرِ و على تسليم التنزل عن ذلك فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر هذا لكن المسألة لا- تخلو عن إشكال و إن كان الحكم به مشهورا و على أى تقدير. فقد ظهر مما ذكرنا أن ما دلت عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه فى الأمور التى تكون مشروعية إيجادها فى الخارج مفروغا عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية و أما ما يشك فى مشروعيته كالحدود

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۵

لغير الإمام و تزويج الصغيرة لغير الأب و الجد و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه و غير ذلك فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقيه- بل لا بد للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر. نعم الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام ع بالأدلة المتقدمة المختصة به مثل آية أَوْلى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ. و قد تقدم أن إثبات عموم نيابته للفقيه عنه ع فى هذا النحو من الولاية على الناس ليقتصر فى الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

و بالجملة فهاهنا مقامان أحدهما وجوب إيكال المعروف المأذون فيه إليه لتقع خصوصياته عن نظره و رأيه كتجهيز الميت الذى لا ولى له فإنه يجب أن تقع خصوصياته من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شىء من تركته للكفن و تعيين المدفن عن رأى الفقيه الثانى مشروعية تصرف خاص فى نفس أو مال أو عرض و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثانى و إن كان الإفتاء فى المقام الثانى بالمشروعية و عدمها أيضا من وظيفته إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية. نعم لو ثبتت أدلة النيابة عموما تم ما ذكر ثم إنه قد اشتهر فى الألسن و تداول فى بعض الكتب رواية أن السلطان ولى من لا ولى له و هذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا تحتاج إلى أدلة عموم النيابة. و قد عرفت ما يصلح أن يكون دليلا عليه و أنه لا يخلو عن وهن فى دلالته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين فى باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام و يظهر ذلك من المحقق الثانى أيضا فى رسالته الموسومة بقاطع اللجاج فى مسألة جواز أخذ الفقيه أجرة أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام ع إذا ظهر للشك فى عموم النيابة و هو فى محله. ثم إن قوله ع من لا ولى له فى المرسلة المذكورة ليس مطلق من لا ولى له بل المراد عدم الملكة يعنى أنه ولى من من شأنه أن يكون له ولى بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه فيشمل الصغير الذى مات أبوه و المجنون بعد البلوغ و الغائب و الممتنع و المريض و المغمى عليه و الميت الذى لا ولى له و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامة و نحو ذلك لكن يستفاد منه ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور و

هو الإذن فی فعل کل مصلحة لهم فتثبت به مشروعیة ما لم تثبت مشروعیته بالتوقیع المتقدم فیجوز له القیام بجمیع مصالح الطوائف المذکورین. نعم لیس له فعل شیء لا تعود مصلحته إلیهم و إن کان ظاهر الولی یوهم ذلک إذ بعد ما ذکرنا من أن المراد بمن لا ولی له من من شأنه أن یکون له ولی یراد به کونه ممن ینبغی أن یکون له من یقوم بمصالحه لا- بمعنی أنه ینبغی أن یکون علیه ولی له علیه ولایة الأخبار بحیث یکون تصرفه ماضیا علیه. و الحاصل أن الولی المنفی هو الولی للشخص لا علیه فیکون المراد بالولی المثبت ذلک أیضا فمحصله أن الله جعل الولی الذی یحتاج إلیه الشخص و ینبغی أن یکون له هو السلطان فافهم.

مسألة فی ولایة عدول المؤمنین

[حدود ولایة المؤمنین

اعلم أن ما کان من قبیل ما ذکرنا فیه ولایة الفقیه و هو ما کان تصرفا مطلوب الوجود للشارع إذا کان الفقیه متعذر الوصول فالظاهر جواز تولیته لا- حاد المؤمنین لأن المفروض کونه مطلوبا للشارع غیر مضاف إلی شخص و اعتبار نظارة الفقیه فیه ساقط له بفرض التعدد و کونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختیاریا مخالف لفرض العلم بکونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لکونه من المعروف الذی أمر بإقامته فی الشریعة. نعم لو احتمل کون مطلوبیته مختصة بالفقیه أو الإمام صح الرجوع إلی أصالة عدم المشروعیة کبعض مراتب النهی عن المنکر حیث إن إطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح. قال الشهید رحمه الله فی قواعده یجوز للآحاد مع تعذر الحکام تولیة آحاد التصرفات الحکمیة علی الأصح کدفع ضرورة الیتیم لعموم وَ تَعاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ وَ التَّقْوی و قوله ص: و الله تعالی فی عون العبد ما کان العبد فی عون أخیه و قوله ص: کل معروف صدقة و هل یجوز أخذ الزکوات و الأخماس من الممتنع و تفریقها فی أربابها و کذا بقیة وظائف الحکام غیر ما یتعلق بالدعاوی فیه وجهان وجه الجواز ما ذکرنا و لأنه لو منع من ذلک لفاتت مصالح تلک الأموال و هی مطلوبة لله تعالی. و قال بعض المتأخرین عن العلامة لا- شک أن القیام بهذه المصالح أهم من ترک تلک الأموال بأیدی الظلمة یأکلونها بغیر حقها و یصرفونها إلی غیر مستحقها فإن توقع إمام یصرف ذلک فی وجهه حفظ المتمکن تلک الأموال إلی حین تمکنه من صرفها إلیه و إن یئس من ذلک کما فی هذا الزمان تعین صرفه علی الفور فی مصارفه لما فی إبقائه من التغریر و حرمان مستحقیه من تعجیل أخذه مع مسیس حاجتهم إلیه و لو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتی یصل إلیهم و مع الیأس یتصدق بها عنهم و یضمن و عند العامة تصرف فی المصارف العامة انتهی. و الظاهر أن قوله فإن توقع إلی آخره من کلام الشهید رحمه الله و لقد أجاد فیما أفاد إلا أنه لم یبین وجه عدم الجواز و لعل وجهه أن مجرد کون هذه الأمور من المعروف لا ینافی اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه کما فی قطع الدعاوی و إقامة الحدود کما فی التجارة بمال الصغیر الذی له أب و جد فإن کونها من المعروف لا ینافی وکوله إلی شخص خاص. نعم لو فرض المعروف علی وجه یستقل العقل بحسنه مطلقا کحفظ الیتیم من الهلاک الذی یعلم رجحانه علی مفسدة التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه صح المباشرة بمقدار یندفع به الضرورة أو فرض علی وجه یفهم من دلیله جواز تصدیه لکل أحد إلا أنه خرج ما لو تمکن من الحاکم حیث دلت الأدلة علی وجوب إرجاع الأمور إلیه و هذا کتجهیز المیت و إلا فمجرد کون التصرف معروفا لا ینهض فی تقیید ما دل علی عدم ولایة أحد علی مال أحد أو نفسه و لهذا لا یلزم عقد الفضولی علی المعقود له بمجرد کونه معروفا و مصلحة و لا یفهم من أدلة المعروف ولایة للفضولی علی المعقود علیه لأن المعروف هو التصرف فی المال أو النفس علی الوجه المأذون فیه من المالک أو العقل أو الشارع من غیر جهة نفس أدلة المعروف. و بالجملة تصرف غیر الحاکم یحتاج إلی نص عقلی أو عموم شرعی أو خصوص فی مورد جزئی فافهم.

بقی الکلام فی اشتراط العدالة فی المؤمن الذی یتولی المصلحة عند فقد الحاکم

كما هو ظاهر أكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين و هو مقتضى الأصل و يمكن أن يستدل عليه ببعض الأخبار أيضا

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۶

ففى صحيحة محمد بن إسماعيل رجل مات من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صبر إليه وصيته و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج قال فذكرت ذلك لأبى جعفر ع فقلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا ليبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك قال إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس الخبر بناء على أن المراد من المماثلة أما المماثلة فى التشيع أو فى الوثاقة و ملاحظة مصلحة اليتيم و إن لم يكن شيعيا أو فى الفقاهة بأن يكون من نواب الإمام عموما فى القضاء بين المسلمين أو فى العدالة و احتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعذره و هذا بخلاف الاحتمالات الأخر فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن المخالف و إن تعذر غيرهم فتعين أحدهما الدائر بينها فيجب الأخذ فى مخالفة الأصل بالأخص منها و هو العدل

[ظاهر بعض الروايات كفاية الأمانة]

لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظة مصلحة اليتيم فيكون مفسرا لاحتمال الثانى فى وجه المماثلة المذكورة فى الصحيحة. ففى صحيحة على بن رئاب: رجل بينى و بينه قرابة مات و ترك أولادا صغارا و ترك مماليك غلمانا و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية و يتخذها أم ولد و ما ترى فى بيعهم قال فقال إن كان لهم ولى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم قلت فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية و يتخذها أم ولد فقال لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم الخبر و موثقة زرعه عن سماعة: فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقر كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس بناء على أن المراد من يوثق به و يطمأن بفعله عرفا و إن لم يكن فيه ملكه العدالة لكن فى صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة قال: سألت الرضا ع و عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة أ يطيب الشراء منه أم لا فقال ع إذا كان الأكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك.

[رأى المؤلف فى المسألة]

هذا و الذى ينبغى أن يقال أنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه فما ورد فيه نص خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل. و أما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق أو تكليفه بالنسبة إلى نفسه و أنه هل يكون مأذونا من الشرع فى المباشرة أم لا و قد يكون بالنسبة إلى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة كالشراء منه مثلا- أما الأول فالظاهر جوازه و أن العدالة ليست معتبرة فى منصب المباشرة لعموم أدلة فعل ذلك المعروف و لو مثل قوله ع: عونك الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة قد عرفت أنها محمولة على صحيحة على بن رئاب المتقدمة بل موثقة زرعه و غير ذلك مما سيأتى و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولى له فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك فى صحته و لو شك فى حدوث الفعل منه و أخبر به ففى قبوله إشكال. و أما الثانى فالظاهر اشتراط العدالة فيه فلا- يجوز الشراء منه و إن ادعى كون البيع مصلحة بل يجب أخذ المال من يده و يدل عليه بعد صحيحة إسماعيل بن سعد

المتقدمة بل و موثقة زرعه بناء على إرادة العدالة من الوثاقة أن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنه بمجرد تصرف الفاسق فإن وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما فى مثال الصلاة المتقدم لأن الواجب هناك هى صلاة صحيحة و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق و إذا شك فى صحتها أحرزت بأصالة الصحة. و أما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح و إنما حمل على موضوع هو إصلاح المال و مراعاة الحال و الشك فى أصل تحقق ذلك فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها. و إن شئت قلت إن شراء مال اليتيم لا بد أن يكون ذا مصلحة له و لا يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع كما لو شك المشترى فى بلوغ البائع فتأمل. نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشترى و أخذ الثمن من الفاسق لأن مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثمن و أصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر

[هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من الإمام فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه و لو نقله بعقد جائز فوجد الآخر المصلحة فى استرداده جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله لليتيم أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقد و أما لو أراد بيعه من شخص و عرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و إن كان فى يد الأول. و بالجملة فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب و الجد- من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر

[مزاحمة فقيه لفقيه آخر]

و أما حكام الشرع فهل هم كذلك فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لا ولى له أو من يلى أمواله أو وضع اليد على مال يتيم فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا

[رأى المؤلف فى المسألة]

الذى ينبغى أن يقال إنه إن استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم لأن المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هم العوام فالنهى عن المزاحمة يختص بهم و أما الحكام فكل منهم حجة من الإمام ع فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۷

الحادث إلى الآخر فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه فحال كل منهم حال كل من الأب و الجد فى أن النافذ هو تصرف السابق و لا عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك و بنائه على ما يغاير تصرف الآخر كما يجوز لأحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم و أما لو استندنا فى ذلك على عمومات النيابة و أن فعل الفقيه كفعل الإمام و نظره كنظر الذى لا يجوز التعدى عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتى يقال إنه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجة منه ع على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرف و لأن دخوله فيه كدخول الإمام ع فدخول الثانى فيه و بناؤه على تصرف آخر مزاحم له فهو كمزاحمة الإمام ع فأدلة النيابة عن الإمام ع لا تشمل مما كان فيه مزاحمة الإمام ع. فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام و بين الأب و الجد لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة و بين كون كل واحد منهم نائبا و ربما يتوهم كونهم كالوكلاء المتعددين فى أن بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول و يندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذونا فى تصرف مغاير و

إن بنی علیه الأول و دخل فیه أما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحیث یكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم فی الأمر كدخوله و فرضنا أیضا عدم دلالة دلیل وكالتهم علی الإذن فی مخالفة نفس الموكل و التعدی عما بنی هو علیه مباشرة أو استنابة كان حكمه حكم ما نحن فیه من غیر زیادة و لا نقیصة. و الوهم إنما نشأ من ملاحظة التوكیلات المتعارفة للوكلاء المتعددین المتعلقة بنفس ذی المقدمة فتأمل هذا كله مضافا إلی لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلی الحكام مثل هذه الأزمان التی شاع فیها القیام بوظائف الحكام ممن یدعی الحكومة و كیف كان فقد تبین مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقیه لمثله فی كل إلزام قولی أو فعلی یجب الرجوع فیه إلی الحاكم فإذا قبض مال الیتیم من شخص أو عین شخصا لقبضه أو جعله ناظرا علیه فلیس لغیره من الحكام مخالفة نظره لأن نظره كنظر الإمام. ۹۶ و أما جواز تصدی مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم فیها إذا لم یعرض عنها بل بنی علی الحكم فیها فلأن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم

[هل یشترط فی ولایة غیر الأب و الجد ملاحظة الغبطة للیتیم

ثم إنه هل یشترط فی ولایة غیر الأب و الجد ملاحظة الغبطة للیتیم أم لا. ذكر الشهید فی قواعده أن فیه وجهین و لكن ظاهر كثیر من كلماتهم أنه لا یصح إلا مع المصلحة بل فی مفتاح الكرامة أنه إجماعی و أن الظاهر من التذكرة فی باب الحجر كونه اتفاقیا بین المسلمین و عن شیخه فی شرح القواعد أنه ظاهر الأصحاب و قد عرفت تصریح الشیخ و الحلی بذلك حتی فی الأب و الجد. و یدل علیه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولایة لأحد علی أحد عموم قوله تعالی وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ و حیث إن توضیح معنی الآیة علی ما ینبغی لم أجده فی كلام أحد من المتعرضین لبیان آیات الأحكام فلا بأس بتوضیح ذلك فی هذا المقام فنقول إن القرب فی الآیة یحتمل معانی أربعة الأول مطلق التقلیب و التحریك حتی من مكان إلی آخر فلا یشمل مثل إبقائه علی حال أو عند أحد. الثانی وضع الید علیه بعد أن كان بعیدا عنه و مجتنبا فالمعنی تجنبوا عنه و لا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن فلا یشمل حكم ما بعد الوضع. الثالث ما یعد تصرفا عرفا كالاقتراض و البیع و الإجارة و ما أشبه ذلك فلا یدل علی تحریم إبقائه بحاله تحت یده إذا كان التصرف فیه أحسن منه إلا بتنقیح المناط. الرابع مطلق الأمر الاختیاری المتعلق بمال الیتیم أعم من الفعل و الترك و المعنی لا تختاروا فی مال الیتیم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غیره فیدل علی حرمة الإبقاء فی الفرض المذكور لأن إبقاءه قرب له بما لیس أحسن. و أما لفظ الأحسن فی الآیة فیحتمل أن یراد به ظاهره من التفضیل و یحتمل أن یراد به الحسن و علی الأول فیحتمل التصرف الأحسن من تركه كما یظهر من بعض و یحتمل أن یراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه و من غیره من التصرفات و علی الثانی فیحتمل أن یراد ما فیه مصلحة و یحتمل أن یراد به ما لا مفسدة فیه علی ما قیل من أن أحد معانی الحسن ما لا حرج فی فعله ثم إن الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات الأحسن هو الاحتمال الثانی أعنی التفضیل المطلق و حینئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بیع مال الیتیم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا أنه لا یتفاوت للیتیم إبقاء الدراهم أو جعلها دینارا فأراد الولی جعلها دینارا فلا یجوز لأن هذا التصرف لیس أصلح من تركه و إن كان یجوز لنا من أول الأمر بیع المال بالدینار لفرض عدم التفاوت بین الدراهم و الدینار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا أما لو جعلنا الحسن بمعنی ما لا مفسدة فیه فیجوز و كذا لو جعلنا القرب من المعنی الرابع لأنا إذا فرضنا أن القرب یعم إبقاء مال الیتیم علی حاله كما هو الاحتمال الرابع فیجوز التصرف المذكور إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال الیتیم نقدا فكما أنه مخیر فی الابتداء بین جعله دراهم أو دینارا لأن القدر المشترك أحسن من غیره و أحد الفردین فیه لا مزیة لأحدهما علی الآخر فیخیر فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم علی حالها و جعلها دینارا قربا و القدر المشترك أحسن من غیره فأحد الفردین لا مزیة فیه علی الآخر فهو مخیر بینهما. و الحاصل أنه كلما یفرض التخییر بین تصرفین فی الابتداء لكون القدر المشترك بینهما حسنا و عدم مزیة لأحد الفردین تحقق التخییر لأجل ذلك استدامة فیجوز العدول عن أحدهما بعد فعله إلی الآخر إذا كان العدول مساویا للبقاء بالنسبة إلی مال الیتیم و إن كان فیه نفع یعود إلی المتصرف لكن الإنصاف أن المعنی الرابع للقرب مرجوح فی نظر العرف بالنسبة إلی المعنی الثالث و إن كان الذی یقتضیه التدبر فی غرض الشارع و

مقصوده من مثل هذا الکلام أن لا یختاروا فی أمر مال الیتیم إلا ما کان أحسن من غیره

[ظاهر بعض الروایات کفایة عدم المفسدة]

. نعم ربما یظهر من بعض الروایات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع. ففی حسنة الکاهلی قال: لأبی عبد الله ع إنا ندخل علی أخ لنا فی بیت أیتام و معهم خادم لهم فنقعد علی بساطهم و نشرب من مائهم

المکاسب، ج۲، ص ۱۵۸

و یخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فیه الطعام من عند صاحبنا و فیه من طعامهم فما تری فی ذلک قال إن کان فی دخولکم علیهم منفعة لهم فلا بأس و إن کان فیه ضرر فلا [الحدیث بناء علی أن المراد من منفعة الدخول ما یوازی عوض ما یتصرفون من مال الیتیم عند دخولهم فیکون المراد بالضرر فی الذیل أن لا یصل إلی الأیتام ما یوازی ذلک فلا تنافی بین الصدر و الذیل علی ما زعمه بعض المعاصرین من أن الصدر دال علی إناطة الجواز بالنفع و الذیل دال علی إناطة الحرمة بالضرر فیتعارضان فی مورد یکون التصرف غیر نافع و لا مضر و هذا منه مبنی علی أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال الیتیم إلیه بمعنی أن تکون المنفعة فی معاوضة ما یتصرف من مال الیتیم بما یتوصل إلیهم من ماله کأن یشرب ماء فیعطی فلسا بإزائه و هکذا و أنت خبیر بأنه لا ظهور للروایة حتی یحصل التنافی. و فی روایة ابن المغیرة: قلت لأبی عبد الله ع إن لی ابنة أخ یتیمة فربما أهدی لها الشیء فأکل منه ثم أطعمها بعد ذلک الشیء من مالی فأقول یا رب هذا بهذا فقال لا بأس فإن ترک الاستفصال عن مساواة العوض و زیادته یدل علی عدم اعتبار الزیادة إلا أن یحمل علی الغالب من کون التصرف فی الطعام المهدی إلیها و إعطاء العوض بعد ذلک أصلح إذ الظاهر من الطعام المهدی إلیها هو المطبوخ و شبهه

و هل یجب مراعاة الأصلح أم لا

وجهان.

قال الشهید رحمه الله فی القواعد هل یجب علی الولی مراعاة المصلحة فی مال المولی علیه أو یکفی نفی المفسدة یحتمل الأول لأنه منصوب لها و لأصالة بقاء الملک علی حاله و لأن النقل و الانتقال لا بد لهما من غایة و العدمیات لا تکاد تقع غایة و علی هذا هل یتحری الأصلح أم یکتفی بمطلق المصلحة فیه وجهان. نعم لمثل ما قلناه لا لأن ذلک لا یتناهی- و علی کل تقدیر لو ظهر فی الحال الأصلح و المصلحة لم یجز العدول عن الأصلح و یترتب علی ذلک أخذ الولی بالشفعة للمولی علیه حیث لا مصلحة و لا مفسدة و تزویج المجنون حیث لا مفسدة و غیر ذلک انتهی. و الظاهر أن فعل الأصلح فی مقابل ترک التصرف رأسا غیر لازم لعدم الدلیل علیه فلو کان مال الیتیم موضوعا عنده و کان الاتجار به أصلح منه لا یجب إلا إذا قلنا بالمعنی الرابع من معانی القرب فی الآیة بأن یراد لا تختاروا فی مال الیتیم أمرا من الأفعال أو التروک إلا أن یکون أحسن من غیره و قد عرفت الإشکال فی استفادة هذا المعنی بل الظاهر التصرفات الوجودیة فهی المنهی عن جمیعها لا ما کان أحسن من غیره و من الترک فلا یشمل ما إذا کان فعل أحسن من الترک. نعم ثبت بدلیل خارج حرمة الترک إذا کان فیه مفسدة و أما إذا کان فی الترک مفسدة و دار الأمر بین أفعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآیة عدم جواز العدول عنه- بل ربما یعد العدول فی بعض المقامات إفسادا کما إذا اشتری فی موضع بعشرة و فی موضع آخر قریب منه بعشرین فإنه یعد بیعه فی الأول إفسادا للمال و لو ارتکبه عاقل عد سفیها لیست فیه ملکه إصلاح المال و هذا هو الذی أراده الشهید بقوله و لو ظهر فی الحال. نعم قد لا یعد العدول من السفاهة کما لو کان بیعه مصلحة أو کان بیعه فی بلد آخر مع إعطاء الأجرة منه أن ینقله إلیه و العلم بعدم الخسارة فإنه قد لا یعد ذلک سفاهة لکن ظاهر الآیة وجوبه.

مسألة یشترط فی من ینتقل إلیه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن یکون مسلما

اشارة

فلا يصـح نقله إلى الكافر عنـد أكثر علمائنا كما فى التذكرة بل عن الغنية عليه الإجماع خلافا للمحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا و سيأتى عبارة الإسكافى فى المصحف.

[الاستدلال علی عدم الصحة]

و استدل للمشـهور تـارة بأن الكافر يمنع من اسـتدامته لأنه لو ملكه قهرا بإرث أو أسـلم فى ملكه بيع عليه فيمنع من ابتـدائه كالنكاح و أخرى بـأن الاسترقـاق سبيل على المؤمن فينتفى بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. و بالنبوى المرسل فى كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به فى موارد متعددة حتى فى عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم بل عدم جواز مساواته و هو قوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه. و من المعلوم أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به لكن الإنصاف أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضدة بالشـهرة و اشـتهار التمسك بالآية حتى أسند فى كنز العرفان إلى الفقهاء و فى غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكروه من الأدلة خاليا عن الإشـكال فى الدلالة. أما حكاية قياس الابتداء على الاسـتدامة فغاية توجيهه أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عـدم رضاه بأصل وجوده حـدوثا و بقاء من غير مدخليـة لخصوص البقاء كما لو أمر المولى بإخراج أحـد من الدار أو بإزالة النجاسـة عن المسـجد فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال لكن يرد عليه أن هذا إنما يقتضـى عدم كون الرضا بالحدوث على نهج عـدم الرضا بالبقاء. و من المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم إمضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبـد المسـلم خارجا بنفسه شـرعا عن ملك الكافر فيكون عـدم رضاه بالإدخال على هـذا الوجه فلا يـدل على عـدم إمضـائه لـدخوله فى ملكه ليثبت بـذلك الفساد. و الحاصل أن دلالـة النهى عن الإدخال فى الملك تابعـة لدلالـة النهى عن الإبقاء فى الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه و عدمه و المفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع. و مما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص الوارد فى عبـد كـافر أسـلم فقـال أمير المؤمنين ع: اذهبوا فبيعوه من المسـلمين و ادفعوا ثمنه إلى صـاحبه و لا تقروه عنـده بناء على أن تخصـيص الـبيع بالمسـلمين فى مقـام البيـان و الاـحتراز يـدل على المنـع من بيعه من الكـافر فيفسـد. توضـيح الانـدفاع أن التخصـيص بالمسـلمين إنما هو من جهـة أن الداعى على الأمر بالبيع هى إزالة ملك الكافر و النهى عن إبقائه عنده و هى لا تحصل بنقله إلى كافر آخر فليس تخصـيص المأمور به لاختصاص مورد الصـحة به بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به فافهم. و أما الآية فباب الخدشـة فيها واسع تارة من جهة دلالتها فى نفسـها و لو بقرينة سـياقها الآبى عن التخصـيص فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص أو بقرينـة مـا قبلهـا الدالـة على إرادة نفى الجعـل فى الآـخرة. و أخرى من حيث تفسيرها فى بعض الأخبـار بنفى الحجـة للكفـار على المؤمنين و هو ما روى فى العيون عن أبى الحسن ع ردا على من زعم أن المراد بها

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۹

نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العادية تسلط الكفار على المؤمنين حتى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهمه ذو مسكة أن الحسين بن على ع لم يقتل بل شبه لهم و رفع كعيسـى على نبينا و آله و عليهم السـلام و تعميم الحجة على معنى يشمل الملكية و تعميم الجعـل على وجه يشـمل الاحتجـاج و الاستيلاـء لا يخلو عن تكلف. و ثالثـة من حيث تعارض عموم الآيـة مع عموم ما دل على صحة البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجارة و تسلط الناس على أموالهم و حكومة الآية عليها غير معلومة و إباء سياق الآيـة عن التخصـيص مع وجوب الاـلتزام به فى طرف الاسـتدامة و فى كثير من الفروع فى الابتـداء يقرب تفسـير السبيـل بما لا يشـمل الملكيـة بأن يراد من السبيل السـلطنة فيحكم بتحقق الملك و عدم تحقق السـلطنة بل يكون محجورا عليه مجبورا على بيعه و هذا و إن اقتضـى التقييد فى إطلاق ما دل على استقلال الناس فى أموالهم و عدم حجرهم بها لكنه مع ملاحظة وقوع مثله كثيرا فى موارد الحجر على المالـك أهون من ارتكـاب التخصـيص فى الآيـة المسوقـة لبيـان أن الجعـل شـىء لم يكن و لن يكون و إن نفى الجعل ناش عن احترام المؤمن الذى لا يقيد بحال دون حال هذا مضافا إلى أن استصـحاب الصـحة فى بعض المقامات- يقتضـى الصـحة كما إذا كان

الكفر مسبوقا بالإسلام بناء على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبوقا بالكفر فيثبت في غيره بعدم الفصل و لا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد لأن استصحاب الصحة مقدم عليها فتأمل

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

ثم إن الظاهر أنه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصية. و أما تمليك المنافع ففي الجواز مطلقا كما يظهر من التذكرة و مقرب النهاية بل ظاهر المحكي عن الخلاف أو مع وقوع الإجارة على الذمة كما عن الحواشي و جامع المقاصد و المسالك أو مع كون المسلم الأجير حرا كما عن ظاهر الدروس أو المنع مطلقا كما هو ظاهر القواعد و محكي الإيضاح أقوال أظهرها الثاني فإنه كالدين ليس ذلك سبيلا فيجوز. و لا فرق بين الحر و العبد كما هو ظاهر إطلاق كثير كالتذكرة و حواشي الشهيد و جامع المقاصد بل ظاهر المحكي عن الخلاف نفي الخلاف فيه حيث قال فيه إذا استأجر كافر مسلما بعمل في الذمة صح بلا خلاف و إذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل عملا صح أيضا عندنا انتهى. و ادعى في الإيضاح أنه لم ينقل من الأمة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمة بالاستيجار خلافا للقواعد و ظاهر الإيضاح فالمنع مطلقا لكونه سبيلا و ظاهر الدروس التفصيل بين العبد و الحر فيجوز في الثاني دون الأول حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم للكافر مطلقا قال و جوزها الفاضل و الظاهر أنه أراد إجازة الحر المسلم انتهى. و فيه نظر لأن ظاهر الفاضل في التذكرة جواز إجارة العبد المسلم مطلقا و لو كانت على العين. نعم يمكن توجيه الفرق بأن يد المستأجر على الملك- الذي ملك منفعته بخلاف الحر فإنه لا تثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته خصوصا لو قلنا بأن إجارة الحر تمليك الانتفاع لا المنفعة فتأمل

و أما الارتهان عند الكافر

ففي جوازه مطلقا كما عن ظاهر نهاية الأحكام أو المنع كما في القواعد و الإيضاح أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعناه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح في كتاب الرهن و الدروس و جامع المقاصد و المسالك أو التردد كما في التذكرة وجوه أقواها الثالث لأن استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيل بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه

و أما إعارته من كافر

فلا يبعد المنع وفاقا لعارية القواعد و جامع المقاصد و المسالك بل عن حواشي الشهيد رحمه الله أن الإعارة و الإيداع أقوى منعا من الارتهان و هو حسن في العارية لأنها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلا و علوا و محل نظر في الوديعة لأن التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعة مع زيادة في الرهن التي قيل من أجلها بالمنع و هي التسلط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه و تسلطه على إلزام المالك ببيعه. و قد صرح في التذكرة بالجواز في كليهما. و مما ذكرنا يظهر عدم صحة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته

[المقصود من الكافر]

ثم إن الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتد غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية و لذا استدل الحنفية بالآية على ما حكي عنهم بحصول البينونة بارتداد الزوج و هل يلحق بذلك أطفال الكفار فيه إشكال و يعم المسلم المخالف لأنه مسلم فيعلو و لا يعلى عليه و المؤمن في زمان نزول آية نفي السبيل لم يرد به إلا المقر بالشهادتين و نفيه عن الأعراب الذين قالوا آمنا بقوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ إنما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا به فالمراد بالإسلام

هنا أن يسلم نفسه لله و رسوله في الظاهر لا الباطن بل قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكَمْ دل على أن ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيمانا في خارج القلب. و الحاصل أن الإسلام و الإيمان في زمان الآية كانا بمعنى واحد و أما ما دل على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية فهو لا يقاوم بظاهره لما دل على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم من التناكح و التوارث و حقن الدماء و عصمة الأموال و أن الإسلام ما عليه جمهور الناس. ففي رواية حمران بن أعين قال: سمعت أبا جعفر ع يقول الإيمان ما استقر في القلب و أفضى به إلى الله عز و جل و صدقه العمل بالطاعة لله و التسليم لأمره و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلها و به حقنت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان إلى أن قال فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك قال لا بل هما يجريان في ذلك مجرى واحد و لكن للمؤمن فضل على المسلم في إعمالهما و ما يتقربان به إلى الله عز و جل.

[بيع العبد المؤمن من المخالف

و من جميع ما ذكرنا ظهر أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارية إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف لأخبار دلت على ذلك فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة لكن الأقوى عدم التحريم

ثم إنه قد استثني من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع

منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعتاق

بأن يكون ممن ينعتق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب أو ظاهرا كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه أو بأن يقول الكافر للمسلم أعتق عبدك عني بكذا فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة و تبعه جامع المقاصد و المسالك و الوجه في الأول واضح وفاقا للمحكي عن الفقيه و النهاية و السرائر مدعيا عليه الإجماع و المتأخرين كافة فإن مجرد الملكية غير المستقرة لا يعد سبيلا بل لم تعتبر الملكية إلا مقدمة للانعتاق خلافا للمحكي عن المبسوط

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۰

و القاضي فمعناه لأن الكافر لا يملك حتى ينعتق لأن التملك بمجرده سبيل و السيادة علو إلا أن الإنصاف أن السلطنة غير متحققة في الخارج و مجرد الإقدام على شرائه لينعتق منه من الكافر على المسلم لكنها غير منفية. و أما الثاني فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديري الصدق و الكذب لثبوت الخلل أما في المبيع لكونه حرا أو في المشتري لكونه كافرا فلا تتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعتاقه إلا أن تمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي فتأمل. و أما الثالث فالمحكي عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع لما ذكر في الأول.

و منها ما لو اشترط البائع عتقه

فإن الجواز هنا محكي عن الدروس و الروضة و فيه نظر فإن ملكيته قبل الإعتاق سبيل و علو بل التحقيق أنه لا فرق بين هذا و بين إجباره على بيعه في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك. و الحاصل أن السبيل فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشي الشهيد مجرد الملك و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرية و بالملك المستقر و لو بالقابلية كشروط العتق و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق و المستقر فعلا و يترتب عليه استثناء الجميع و خير الأمور أوسطها

[حكم تملک الکافر للمسلم قهرا]

ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر المسلم اختيارا. أما التملك القهرى فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر- أجبر على البيع فمات قبله- فإنه لا ينعتق عليه و لا على الكافر الميت لأصالة بقاء رقيته بعد تعارض دليل نفى السبيل و عموم أدلة الإرث لكن لا يثبت بها أصل تملك الكافر فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام ع بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة ضرورة أنه إذا نفى إرث الكافر بآية نفى السبيل كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام ع و بهذا التقرير يندفع ما يقال إن إرث الإمام مناف لعموم أدلة ترتيب طبقات الإرث. توضيح الاندفاع أنه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدم إرث الكافر فيتحقق نفى الوارث الذى هو مورد إرث الإمام ع فإن الممنوع من الإرث لغير الوارث. فالعمدة فى المسألة ظهور الاتفاق المدعى صريحا فى جامع المقاصد ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهرى أو لا يلحق أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره وجوه خيرها أوسطها ثم أخيرها

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنه لا إشكال و لا خلاف فى أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر بل يجب بيعه عليه: لقوله ع فى عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقروه عنده. و منه يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا- لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال غاية الأمر أنه دل النص و الفتوى على تملكه له و لذا ذكر فيها أنه يباع عليه بل صرح فخر الدين رحمه الله فى الإيضاح بزوال ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء الثمن منه و هو مخالف لظاهر النص و الفتوى كما عرفت و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه- فالظاهر أنه لا خيار له و لا عليه- وفاقا للمحكى فى الحواشى فى خيار المجلس و الشرط لأنه إحداث ملك فينتفى لعموم نفى السبيل لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع و يمكن أن يبتنى على أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد. فإن قلنا بالأول ثبت الخيار و لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة فإن الشارع لم يمضها لكن هذا المبنى ليس بشىء لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفى السبيل على المتيقن نعم يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيبا و يشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة أدلة نفى الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فإن هذا الضرر إنما حصل من كفره الموجب لعدم قابلية تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. و يظهر مما ذكرنا حكم الرجوع فى العقد الجائز كالهبة و خالف فى ذلك كله جامع المقاصد فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعا للدروس قال لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى لأن نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان المبيع معاطاة فهى على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها. نعم لا يبعد أن يقال للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع و لم يلزم منه تخسير للمال انتهى. و فيما ذكره نظر لأن نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائى و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ. و استلزام البيع للخيارات ليس عقليا بل تابع لدليله الذى هو أضعف من دليل صحة العقد الذى خص بنفى السبيل فهذا أولى بالتخصيص به مع أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع فتأمل. و أما ما ذكره أخيرا بقوله لا يبعد ففيه أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ و الرجوع. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره فى القواعد من قوله رحمه الله و لو باعه لمسلم بثوب ثم وجد فى الثمن عيبا جاز رد الثمن و هل يسترد العبد أو القيمة فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكا للمسلم اختيارا و من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالإرث انتهى محل تأمل إلا أن يقال إن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و نفى السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة فيكون نفى السبيل مانعا شرعيا من استرداد المثمن كنقل المبيع فى زمن الخيار و

کالتلف الذی هو مانع عقلی و هو حسن إن لم یحصل السبیل بمجرد استحقاق الکافر للمسلم المنکشف باستحقاق بدله و لذا حکموا بسقوط الخیار فی من ینعتق علی المشتری فتأمل.

مسألهٔ المشهور عدم جواز نقل المصحف إلی الکافر

ذکره الشیخ و المحقق فی الجهاد و العلامهٔ فی کتبه و جمهور من تأخر عنه. و عن الإسکافی أنه قال و لا اختار أن یرهن الکافر مصحفا أو ما یجب علی المسلم تعظیمه و لا صغیرا من الأطفال انتهی. و استدلوا علیه بوجوب احترام المصحف و فحوی المنع من بیع العبد المسلم من الکافر و ما ذکره حسن و إن کان وجهه لا یخلو عن تأمل أو منع. و فی إلحاق الأحادیث النبویهٔ بالمصحف کما صرح به فی المبسوط أو الکراههٔ کما هو صریح الشرائع و نسبه الصیمری إلی المشهور قولان تردد بینهما العلامهٔ فی التذکرهٔ و لا یبعد أن تکون الأحادیث المنسوبهٔ إلی النبی ص من طرق الآحاد حکمها حکم ما علم صدوره منه ص و إن کان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبی المعلوم

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۱

کان فحکم أحادیث الأئمهٔ ص حکم أحادیث النبی ص

القول فی شرائط العوضین

یشترط فی کل منهما کونه متمولا

اشارهٔ

لأن البیع لغهٔ مبادلهٔ مال بمال

و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ینتفع به منفعهٔ مقصودهٔ للعقلاء محللهٔ فی الشرع

لأن الأول لیس بمال عرفا کالخنافس و الدیدان فإنه یصح عرفا سلب المصرف لها و نفی الفائدهٔ عنها و الثانی لیس بمال شرعا کالخمر و الخنزیر ثم قسموا عدم الانتفاع إلی ما یستند إلی خسهٔ الشیء کالحشرات و إلی ما یستند إلی قلته کحبهٔ حنطهٔ و ذکروا أنه لیس مالا و إن کان یصدق علیه الملک و لذا یحرم غصبه إجماعا. و عن التذکرهٔ أنه لو تلف لم یضمن أصلا و اعترضه غیر واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل. و الأولی أن یقال إن ما تحقق أنه لیس بمال عرفا فلا إشکال و لا خلاف فی عدم جواز وقوعه أحد العوضین إذ لا بیع إلا فی ملک و ما لم یتحقق فیه ذلک فإن کان أکل المال فی مقابله أکلا بالباطل عرفا فالظاهر فساد المعاملهٔ و ما لم یتحقق فیه ذلک فإن ثبت دلیل من نص أو إجماع علی عدم جواز بیعه فهو و إلا فلا یخفی وجوب الرجوع إلی عمومات صحهٔ البیع و التجارهٔ. و خصوص قوله ع فی المروی عن تحف العقول: و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جههٔ من الجهات فکل ذلک حلال بیعه إلی آخر الروایهٔ و قد تقدمت فی أول الکتاب

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملکیهٔ فی العوضین عن بیع ما یشترک فیه الناس

کالماء و الکلاء و السماک و الوحوش قبل اصطیادها بکون هذه کلها غیر مملوکهٔ بالفعل

و احترزوا أیضا به عن الأرض المفتوحهٔ عنوهٔ

و وجه الاحتراز عنها أنها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل و لذا لا تورث بل و لا من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا و لا كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنين و لا من قبيل تملك الفقراء الزكاة و السادة الخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم منافعه بالقبض لأن مصرفه منحصر فى مصالح المسلمين فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليها الدليل و معناها صرف حاصل الملك فى مصالح الملاك ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الإجماع و دل عليه النص كمرسلة حماد الطويلة و غيرها.

[أقسام الأرضين و أحكامها]

اشارة

و حيث جرى فى الكلام ذكر بعض أقسام الأرضين فلا بأس بالإشارة إجمالا إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها فنقول و من الله الاستعانة الأرض إما موات و إما عامرة- و كل منهما إما أن يكون كذلك أصلية أو عرض لها ذلك فالأقسام أربعة لا خامس لها

الأول ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعمارة

و لا إشكال و لا خلاف منافى كونها للإمام ع و الإجماع عليه محكى عن الخلاف و الغنية و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر جماعة أخرى و النصوص بذلك مستفيضة بل قيل إنها متواترة و هى من الأنفال. نعم أبيح التصرف فيها بالإحياء بلا عوض و عليه يحمل ما فى النبويين: موتان الأرض لله و لرسوله ص ثم هى لكم منى أيها المسلمون و نحوه الآخر: عادى الأرض لله و لرسوله ثم هى لكم منى. و ربما يكون فى بعض الأخبار وجوب أداء خراجه إلى الإمام ع كما فى صحيحة الكابلى قال: وجدنا فى كتاب على ع إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُها مَنْ يَشاءُ مِنْ عِبادِهِ وَ الْعاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الله الأرض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتى و له ما أكل منها الخبر و مصححة عمر بن زيد: أنه سأل رجل أبا عبد الله ع عن رجل أخذ أرضا مواتا تركها أهلها فعمرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلا و شجرا فقال أبو عبد الله ع كان أمير المؤمنين ع يقول من أحيا أرضا من المؤمنين فهى له و عليه طسقها يؤديه إلى الإمام ع فى حال الهدنة فإذا ظهر القائم عجل الله تعالى فرجه فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلب الإمام ع لكن الأئمة ع بعد أمير المؤمنين ص حللوا لشيعتهم و أسقطوا ذلك عنهم كما يدل عليه قوله ع: ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله ع فى رواية مسمع بن عبد الملك: كل ما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجبيهم طسق ما كان فى أيديهم و يترك الأرض فى أيديهم و أما ما كان أيدى سواهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغره الخبر. نعم ذكر فى التذكرة أنه لو تصرف فى الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقها و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال للإمام فى الأراضى فى حال الغيبة بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحياها و ستأتى حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالإحياء.

الثانى ما كانت عامرة بالأصالة

أى لا من معمر و الظاهر أنه أيضا للإمام ع و كونها من الأنفال و هو ظاهر إطلاق قولهم و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو

للإمام ع و عن التذكرة الإجماع عليه و في غيرها نفي الخلاف عنه لموثقة أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكية عن تفسير علي ابن إبراهيم عن الصادق ع حيث عد من الأنفال كل أرض لا رب لها و نحوها المحكي عن تفسير العياشي عن أبي بصير عن أبي جعفر ع. و لا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار حيث جعل فيها من الأنفال كل أرض ميتة لا رب لها بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لأن الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتا و هل تملك هذه بالحيازة وجهان من كونها مال الإمام و من عدم منافاته للتملك بالحيازة كما تملك الموات بالإحياء مع كونها مال الإمام فدخل في عموم النبوي: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.

الثالث ما عرضت له الحياة بعد الموت

و هو ملك للمحيي فيصير ملكا له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح و عليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة لكن يبالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبة فلا بد من الملاحظة.

الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة

فإن كانت العمارة أصلية فهي مال الإمام ع و إن كانت العمارة من معمر ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها
المكاسب، ج۲، ص ۱۶۲
عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشأه اختلاف الأخبار.
ثم القسم الثالث إما أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفار فإن كانت من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطروء الخراب على أحد القولين و إن كانت من الكفار فكذلك إن كانت في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام و إن اعتبرنا الإسلام كانت باقية على ملك الإمام ع و إن كانت في دار الكفر فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر أموالهم. ثم ما ملكه الكفار من الأرض إما أن يسلم عليه طوعا- فيبقى على ملكه كسائر أملاكه و إما أن لا يسلم عليه طوعا فإن بقيت يده عليه كافرا فهي أيضا كسائر أملاكه تحت يده و إن ارتفعت يده عنها فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها تخليتها للمسلمين أو بموت أهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام ع و يكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و إن رفعت يده عنها قهرا و عنوة فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافة إجماعا على ما حكاه غير واحد كالخلاف و التذكرة و غيرهما و النصوص به مستفيضة: ففي رواية أبي برده المسئول فيها عن بيع أرض الخراج قال ع و من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين قال قلت يبيعها الذي هي في يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما ذا ثم قال لا بأس اشترى حقه منها- و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه. و في مرسلة حماد الطويلة: ليس لمن قاتل شيء من الأرضين و لا ما غلبوا عليه إلا ما احتوى عليه العسكر إلى أن قال و الأرض التي أخذت بخيل و ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضربهم فإذا أخرج منها ما أخرجه بدأ فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقي سيحا و نصف العشر مما سقي بالدوالي و النواضح إلى أن قال فيؤخذ ما بقي بعد العشر فيقسم بين الوالي و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها فيدفع إليهم أنصباؤهم و هم على قدر ما صالحهم عليه و يؤخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانهم على دين الله و في مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير الخبر. و في صحيحة الحلبي قال: سئل أبو عبد الله

ع عن السواد ما منزلته قال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا نشتريه من الدهاقين قال لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها قلت فإن أخذها منه قال يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل و رواية ابن شريح قال:

سألت أبا عبد الله ع عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك و رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمى ففيها: و سألته عن رجل اشترى أرضا من أراضى الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمة نزلوها أ له أن يأخذ منهم أجور البيوت إذا أدوا جزية رءوسهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال و فى خبر أبى الربيع قال: لا تشتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة فإنما هى فيء للمسلمين إلى غير ذلك و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل فى ملك المشترى. نعم يكون للمشترى على وجه كان للبائع أعنى مجرد الأولوية و عدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف و إحداث تلك الآثار بإذن الإمام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعى بناء على عموم ولايته لأمور المسلمين و نيابته عن الإمام ع و لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها قال لا يجوز التصرف فيها ببيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضة و لا يصح أن تبنى فيها دور أو منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من أنواع التصرف الذى يتبع الملك و متى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا و هو على حكم الأصل و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام ع حال حضوره و يحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك و قال فى الدروس لا يجوز التصرف فى المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام سواء كان بالبيع أم بالوقف أم بغيرهما. نعم فى حال الغيبة ينفذ ذلك و أطلق فى المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ و قال ابن إدريس إنما نبيع و نوقف تحجيرنا و بناءنا و تصرفنا لا نفس الأرض انتهى. و قد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبة و الحضور فيجوز التصرف فى الأول و لو بالبيع و الوقف لا- فى الثانى إلا بإذن الإمام و كذا إلى جامع المقاصد و فى النسبة نظر بل الظاهر موافقتهما لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبة بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعا للآثار و المعنى أنها مملوكة ما دامت الآثار موجودة. قال فى المسالك فى شرح قول المحقق و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا- وقفها إلى آخرها إن المراد أنه لا يصح ذلك فى رقبة الأرض مستقلة أما لو فعل ذلك بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على الأقوى قال فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت فى المبيع على سبيل التبع و كذا الوقف و غيره و يستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقيا فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشترى و الموقوف عليه و غيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين و عليه العمل انتهى. نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ فى التهذيب جواز البيع و الشراء فى نفس الرقبة حيث قال إن قال قائل إن ما ذكرتموه إنما دل على إباحة التصرف فى هذه الأرضين و لا يدل صحة تملكها بالشراء و البيع و مع عدم صحته لا يصح ما يتفرع عليهما. قلنا إنا قد قسمنا الأرضين ثلاثة أقسام أرض أسلم عليها أهلها فهى ملك لهم يتصرفون فيها و أرض تؤخذ عنوة أو يصالح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها و بيعها لأن لنا فى ذلك قسما لأنها أراضى المسلمين و هذا القسم أيضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الأنفال و ما يجرى مجراها فلا يصح تملكها بالشراء و إنما أبيح لنا التصرف فيها حسب ثم استدل على أراضى الخراج برواية أبى برده السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة

المكاسب، ج ۲، ص ۱۶۳

الأرض و دليله قرينة على توجيه كلامه و كيف كان فما ذكروه من حصول الملك تبعا للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا فالذى ينبغى أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص فنقول أما فى زمان الحضور و التمكن من الاستئذان فلا- ينبغى الإشكال فى توقف التصرف على إذن الإمام لأنه ولى المسلمين فله نقلها عينا و منفعة. و من الظاهر أن كلام الشيخ المطلق فى المنع عن التصرف محمول

على صورة عدم إذن الإمام ع مع حضوره. و أما فى زمان الغيبة ففى عدم جواز التصرف إلا فيما أعطاه السلطان الذى حل قبول الخراج و المقاسمة منه أو جوازه مطلقا نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة لا خصوص الموات التى هى مال الإمام ع و ربما يؤيده جواز قبول الخراج الذى هو كأجرة الأرض فيجوز التصرف فى عينها مجانا أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذى هو نائب الإمام أو التفصيل بين من يستحق أجرة هذه الأرض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله ع للمخاطب فى بعض أخبار حل الخراج و أن لك نصيبا فى بيت المال و بين غيره الذى يجب عليه حق الأرض و لذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج و سرقته عن السلطان الجائر و الامتناع عنه. و استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام ع أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياة حال الفتح و بين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول لعموم أدلة الإحياء و خصوص رواية سليمان بن خالد و نحوها وجوه أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس. و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة كأوراق الأشجار و أثمارها و أخشاب الأبنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض و الجص و الحجارة و نحو ذلك فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح- من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين و لذا صرح جماعة كالعلامة و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين لأنها مما ينقل و حينئذ مقتضى القاعدة عدم صحة أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع إمكان أن يقال لا مدخل لسلطان الجور لأن القدر المأذون فى تناوله منه منفعة الأرض لا أجزاؤها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأوانى و ما يعمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

اشارة

و اعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا- . و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى و لا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته و لا أم الولد إلا فى المواضع المستثناة. و المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان فى ذلك لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و بكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق لمرجعه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقة مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرهما مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق. فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر فى الفرعية و الأصالة بالعكس ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط- لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة ثم عنونوا حق الجانى و اختلفوا فى حكم بيعه و الظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة و قد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين فذكر بعد الأربعة المذكورة فى عبارة الأكثر النذر المتعلق بالعين قبل البيع و الخيار المتعلق به و الارتداد و الحلف على عدم بيعها و تعيين الهدى للذبح و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء و التدبير

المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلک فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله بناء على منع الوارث من التصرف فيه قبله و تعلق حق الشفعة بالمال فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالک فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها و تغذية الولد المملوک بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى فوطئها فأتت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريک فی أمة حال الوطء فإنه مملوک له لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه و أخذ قيمته و تعارض السبب المملک و المزيل للملک كما لو قهر حربی أباه و الغنيمة قبل القسمة بناء على حصول الملک بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملک بلا مالک و غير ذلک مما سيقف عليه المتتبع لكنا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف ثم أم الولد ثم الرهن ثم الجناية إن شاء الله.

مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فی الجملة و محكيا

اشارة

و لعموم قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و رواية أبی علی بن راشد قال: سألت أبا الحسن ع قلت جعلت فداک اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتی بألفی درهم فلما وفيت المال خبرت أن الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فی مالک و ادفعها إلى من أوقفت عليه قلت لا أعرف لها ربا قال تصدق بغلتها. و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين ع و غيره من الأئمة ص مثل ما عن ربعی بن عبد الله

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۴

عن أبی عبد الله ع فی صورة وقف أمير المؤمنين ع: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علی بن أبی طالب و هو حی سوی تصدق بداره التی فی بنی زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذی يرث السماوات و الأرض و أسكن هذه صدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقرضوا فهی لذی الحاجة من المسلمين. فإن الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها و يبعد كونه شرطا خارجا عن النوع مأخوذا فی الشخص مع أن سياق الاشتراط يقتضی تأخره عن ركن العقد أعنی الموقوف عليهم خصوصا مع كونه شرطا عليهم مع أنه لو جاز البيع فی بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فی بعض الموارد كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا إلا أن يقال إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم- فی رواية ابن راشد فی انصرافه إلى البيع لا لعذر مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الإمام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة و حينئذ يصح أن يستغنی بذلک عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فی النوع فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع فی الشخص لا يغنی عن تقييد إطلاق الوصف فی النوع كما لا يخفى. فظهر أن التمسک بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلا فی أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر و إن كان الإنصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف فی كونها أوصافا للنوع.

و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع و التعبد الشرعی المكشوف عنه بالروايات فإن الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقی و قد يرتفع كلها و سيجیء التفصيل

[هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه

ثم إن جواز البيع لا ـ ينـافى بقـاء الوقف إلى أن يبـاع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه- فمعنى جواز بيع العين الموقوفـة جواز إبطال وقفها إلى بـدل أو لا إليه فإن مـدلول صـيغة الوقف و إن أخـذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة عليه إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هـذا الإنشـاء كما أن مقتضـى العقـد الجائز كالهبـة تمليك المتهب المقتضـى لتسـلطه المنافى لجواز انتزاعه من يـده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سـلطنته عنه فتأمل إلا أنه ذكر بعض فى هـذا المقام أن الـذى يقوى فى النظر بعـد إمعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه بـل لعـل جواز بيعه مع كونه وقفـا من التضـاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئـذ جواز بيعه. ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة لبيعه و قـد سـبقه إلى ذلـك بعض الأساطين فى شـرحه على القواعـد حيث اسـتدل على المنع عن بيع الوقف بعـد النص و الإجماع بل الضـرورة بأن البيع و أضـرابه ينافى حقيقـة الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء و فيه أنه إن أريد من بطلانه انتفـاء بعض آثـاره و هو جواز البيع المسبب عن سـقوط حق الموقوف عليهم عن شـخص العين أو عنهـا و عن بـدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محصل له فضـلا عن أن يحتاج إلى نظر فضـلا عن إمعانه و إن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من المبيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحـد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف إن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه بـل هو فى غير المساجـد و شـبهها قسم من التمليـك و لـذا يطلق عليه الصدقـة و يجوز إيجـابه بلفظ تصـدقت إلا أن المالك له بطون متلاحقـة فإذا جاز بيعه مع الإبدال- كان البائع وليا عن جميع الملاك فى إبدال مالهم بمال آخر و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضـرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقـد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسـهم فإذا لم يبيعوه لم يبطل و لذا لو فرض اندفاع الضـرورة بعـد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله و لـذا صـرح فى جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حدا يجوز بيعه معللا باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه فى دين المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع فاعلم

أن لأصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة أقوالا

أحدها عدم الخروج عنه أصلا

و هو الظاهر من كلام الحلى حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره و الذى يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و قبضه لا يجوز الرجوع فيه و لا ـ تغيره عن وجوهه و سـبله و لا بيعه سواء كان بيعه أعود عليهم أم لا و سواء خرب الوقف و لا يوجـد من يراعيه بعمارة من سـلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجـدى نفعا أم لا قال الشـهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوزين و ابن إدريس سد الباب و هو نادر مع قوته و قـد ادعى فى السـرائر عدم الخلاف فى المؤبد قال إن الخلاف الذى حكيناه بين أصـحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم و أما إذا كان الوقف على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصـحابنا انتهى. و فيه نظر يظهر مما سيأتى من ظهور أقوال كثير من المجوزين فى المؤبـد و حكى المنع مطلقا عن الإسـكافى و فخر الإسـلام أيضا إلا فى الآلات الموقوفـة و أجزائها التى انحصـر طريق الانتفاع بها فى البيع. قال الإسـكافى فى ما حكى عنه فى المختلف إن الموقوف رقيقا أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سـبله من منفعته فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمنه إن أمكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته أو رد ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان فى ذلك صـلاح انتهى. و قال فخر الدين فى الإيضاح فى شـرح قول والده قدس سـرهما و لو خلق حصـير

المسجد و خرج عن الانتفاع

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۵

به أو انکسر الجذع بحیث لا ینتفع به فی غیر الإحراق فالأقرب جواز بیعه قال بعد احتمال المنع بعموم النص فی المنع و الأصح عندی جواز بیعه و صرف ثمنه فی المماثل إن أمکن و إلا ففی غیره انتهی. و نسبة المنع إلیهما علی الإطلاق لا بد أن یبنی علی خروج مثل هذا عن محل الخلاف و سیظهر هذا من عبارة الحلبی فی الکافی أیضا فلاحظ.

الثانی الخروج عن عموم المنع فی المنقطع فی الجملة خاصة دون المؤبد

و هو المحکی عن القاضی حیث قال فی محکی المهذب إذا کان الشیء وقفا علی قوم و من بعدهم علی غیرهم و کان الواقف قد اشترط رجوعه إلی غیر ذلک إلی أن یرث الله تعالی الأرض و من علیها لم یجز بیعه علی وجه من الوجوه فإن کان وقفا علی قوم مخصوصین و لیس فیه شرط یقتضی رجوعه إلی غیرهم حسب ما قدمناه و حصل الخوف من هلاکه أو فساده أو کانت بأربابه حاجة ضروریة یکون بیعه أصلح لهم من بقائه علیهم أو یخاف من وقوع خلف بینهم یؤدی إلی فساده فإنه حینئذ یجوز بیعه و صرف ثمنه فی مصالحهم علی حسب استحقاقهم فإن لم یحصل شیء من ذلک لم یجز بیعه علی وجه من الوجوه و لا یجوز هبة الوقف و لا الصدقة به أیضا. و حکی عن المختلف و جماعة نسبه التفصیل إلی الحلبی لکن العبارة المحکیة عن کافیة لا تساعده بل ربما استظهر منه المنع علی الإطلاق فراجع. و حکی التفصیل المذکور عن الصدوق. و المحکی عن الفقیه أنه قال بعد روایة علی بن مهزیار الآتیة إن هذا وقف کان علیهم دون من بعدهم و لو کان علیهم و علی أولادهم ما تناسلوا و من بعد علی فقراء المسلمین إلی أن یرث الله تعالی الأرض و من علیها لم یجز بیعه أبدا ثم إن جواز بیع ما عدا الطبقة الأخیرة فی المنقطع لا یظهر من کلام الصدوق و القاضی کما لا یخفی ثم إن هؤلاء إن کانوا ممن یقولون برجوع الوقف المنقطع إلی ورثة الموقوف علیه فللقول بجواز بیعه وجه أما إذا کان فیهم من یقول برجوعه بعد انقراض الموقوف علیه إلی الواقف أو ورثته فلا وجه للحکم بجواز بیعه و صرف الموقوف علیهم ثمنه فی مصالحهم و قد حکی القول بهذین عن القاضی إلا أن یوجه بأنه لا یقول ببقائه علی ملک الواقف حتی یکون حبسا بل هو وقف حقیقی و تملیک للموقوف علیهم مدة وجودهم و حینئذ فبیعهم له مع تعلق حق الواقف نظیر بیع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون فی الوقف المؤبد لکن هذا الوجه لا یدفع الإشکال عن الحلبی المحکی عنه القول المتقدم حیث إنه یقول [إن المحکی عنه بقاء الوقف مطلقا علی ملک الواقف [و جواز بیع الوقف حینئذ مع عدم مزاحمة حق الموقوف علیه مما لا إشکال فیه .

الثالث الخروج عن عموم المنع و الحکم بالجواز فی المؤبد فی الجملة

اشارة

و أما المنقطع فلم ینصوا علیه و إن ظهر عن بعضهم التعمیم و من بعضهم التخصیص بناء علی قوله برجوع المنقطع إلی ورثة الواقف کالشیخ و سلار قدس سرهما و من حکم برجوعه بعد انقراض الموقوف علیه إلی وجوه البر کالسید أبی المکارم بن زهرة فلازمه جعله کالمؤبد و کیف کان

فالمناسب أولا نقل عبائر هؤلاء

[کلام الشیخ المفید]

فنقول قال المفيد في المقنعة الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أعود عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه و لا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه و سبله. و في اشتراط الواقف في الوقف أنه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع و لا هبة و لا أن يغيروا شيئا من شروطه إلا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعا فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات انتهى كلامه. و قد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد جواز بيع الوقف في خمسة مواضع و ضم صورة جواز الرجوع و جواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم و وفاة الواقف فلاحظ و تأمل. ثم إن العلامة ذكر في التحرير أن قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث إلى قوله أنفع لهم من تركه على حاله متأول و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى

و قال في الانتصار على ما حكى عنه و مما انفردت الإمامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه و أن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج باتفاق الإمامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبوقا ملحقا بالإجماع و أنه إنما عول في ذلك على ظنون له و حسان و أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها انتهى ثم قال و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعا أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لأنه إنما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه و لو لم تبق منفعته فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه انتهى.

[كلام الشيخ الطوسي في المبسوط]

و قال في المبسوط و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة و لا يقدرون على القيام فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى ثم احتج على ذلك بالأخبار.

[كلام سلار قدس سره

و قال سلار فيما حكى عنه و لا يخلو الحال في الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التي وقف فيها أو تغير الحال فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغير شيء من أحواله و إن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان أو لحقت الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم انتهى.

[كلام ابن زهرة قدس سره

و قال في الغنية على ما حكى عنه و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدى نفعا و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه بدليل إجماع الطائفة و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم تبق له منفعة إلا على الوجه الذي ذكرنا

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۶

جاز انتهی.

[کلام ابن حمزة قدس سره]

و قال فی الوسیلة و لا یجوز بیعه یعنی الوقف إلا بأحد شرطین الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف علیه شدیدة لا یمکنه معها القیام به انتهی.

[کلام الراوندی قدس سره]

و قال الراوندی فی فقه القرآن علی ما حکی عنه و إنما یملک بیعه علی وجه عندنا و هو إذا خیف علی الوقف الخراب أو کانت بأربابه حاجة شدیدة

[کلمات ابن سعید فی الجامع و النزهة]

و قال فی الجامع علی ما حکی عنه فإن خیف خرابه أو کان بهم حاجة شدیدة أو خیف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس جاز بیعه انتهی و عن النزهة لا یجوز بیع الوقف إلا أن یخاف هلاکه أو تؤدی المنازعة فیه بین أربابه إلی ضرر عظیم أو یکون فیهم حاجة عظیمة شدیدة و یکون بیع الوقف أصلح لهم انتهی

[کلام المحقق قدس سره]

و قال فی الشرائع و لا یصح بیع الوقف ما لم یؤد بقاؤه إلی خرابه لخلف بین أربابه و یکون البیع أعود و قال فی کتاب الوقف و لو وقع بین الموقوف علیهم خلف بحیث یخشی خرابه جاز بیعه و لو لم یقع خلف و لا خشی خرابه بل کان البیع أنفع لهم قیل یجوز بیعه و الوجه المنع انتهی. و مثل عبارة الشرائع فی کتاب البیع و الوقف عبارة القواعد فی الکتابین.

[کلام العلامة فی التحریر و الإرشاد و التذکرة]

و قال فی التحریر لا یجوز بیع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف و لم یجز بیعها و لو وقع خلف بین أرباب الوقف بحیث یخشی خرابه جاز بیعه علی ما رواه أصحابنا ثم ذکر کلام ابن إدریس و فتواه علی المنع مطلقا و تنزیله قول بعض الأصحاب بالجواز علی المنقطع و نفیه الخلاف علی المنع فی المؤبد ثم قال و لو قیل بجواز البیع إذا ذهبت منافعه بالکلیة کدار انهدمت و عادت مواتا و لم یتمکن من عمارتها و یشتری بثمنه ما یکون وقفا کان وجها انتهی و قال فی بیع التحریر و لا یجوز بیع الوقف ما دام عامرا و لو أدی بقاؤه إلی خرابه جاز و کذا یباع لو خشی وقوع فتنة بین أربابه مع بقائه علی الوقف انتهی و عن بیع الإرشاد لا یصح بیع الوقف إلا أن یخرب أو یؤدی إلی الخلف بین أربابه علی رأی و عنه فی باب الوقف لا یصح بیع الوقف إلا أن یقع بین الموقوف علیهم خلف یخشی به الخراب و قال فی التذکرة فی کتاب الوقف علی ما حکی عنه و الوجه أن یقال یجوز بیع الوقف مع خرابه و عدم التمکن من عمارته أو خوف فتنة بین أربابه یحصل باعتبارها فساد انتهی.

[کلمات الشهید قدس سره فی غایة المراد و الدروس و اللمعة]

و قال فی کتاب البیع لا یصح بیع الوقف لنقص الملک فیه إذ القصد منه التأبید نعم لو کان بیعه أعود علیهم لوقوع خلف بین أربابه و خشی تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أکثر علمائنا بیعه انتهی و قال فی غایة المراد یجوز بیعه فی موضعین خوف الفساد بالاختلاف و إذا کان البیع أعود مع الحاجة و قال فی الدروس لا یجوز بیع الوقف إلا إذا خیف من خرابه أو خلف أربابه المؤدی إلی فساده و قال فی

اللمعة لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه فالمشهور الجواز انتهى

[كلام الصيمرى قدس سره

و قال فى تلخيص الخلاف على ما حكى عنه إن لأصحابنا فى بيع الوقف أقوالا متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين أربابه خلف و فتنة و خشى خرابه و لا يمكن سد الفتنة بدون بيعه و هو قول الشيخين و اختاره نجم الدين و العلامة انتهى

[كلام الفاضل المقداد قدس سره

و قال فى التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الوقف إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلا جاز بيعه. و عن تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد تستباح فيه الأنفس.

[كلام الفاضل القطيفى قدس سره

و عن إيضاح النافع أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلا بالبيع قال فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه انتهى و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع.

[كلام المحقق الثانى قدس سره

و قال فى جامع المقاصد بعد نسبة ما فى عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر إن المعتمد جواز بيعه فى ثلاثة مواضع أحدها إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذعه إذا انكسر. ثانيها إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحة على بن مهزيار و يشترى بثمنه فى الموضعين ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلا لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و يتولى ذلك الناظر الخاص إن كان و إلا-فالحاكم. ثالثها إذا لحقت بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها لرواية جعفر بن حنان عن الصادق ع انتهى كلامه رفع مقامه

[كلام الشهيد الثانى قدس سره

و قال فى الروضة و الأقوى فى المسألة ما دلت عليه صحيحة على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد ع من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد و علله ع بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و ظاهره أن خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك قال و لا يجوز بيعه فى غير ما ذكرنا و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته أو كان أعود أو غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه انتهى. و نحوه ما عن الكفاية

هذه جملة من كلماتهم المرئية أو المحكية و الظاهر أن المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا التأدية على وجه القطع فيكون عنوان التأدية فى بعض تلك العبارات متحدا مع عنوان خوفها و خشيتها فى بعضها الآخر و لذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و أخرى بذاك كما اتفق للفاضلين و الشهيد و نسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة فى التذكرة و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع و آخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد أو إلى المشهور كاللمعة فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأدية بقائه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين لكن المتيقن من فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف أربابه اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالنص كون الاختلاف من باب المقدمة و أن الغاية المجوزة هى مظنة الخراب

إذا عرفت ما ذكرنا

فیقع الکلام تارة فی الوقف المؤبد و أخری فی المنقطع

أما الأول [أی الوقف المؤبد]

اشارة

فالذی ینبغی أن یقال فیه

إن الوقف علی قسمین

أحدهما ما یکون ملکا للموقوف علیهم

فیملکون منفعته فلهم استئجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغیر حق.

و الثانی ما لا یکون ملکا لأحد بل یکون فک ملک نظیر التحریر

کما فی المساجد و المدارس و الربط بناء علی القول بعدم دخولها فی ملک المسلمین کما هو مذهب جماعة فإن الموقوف علیهم إنما یملکون الانتفاع دون المنفعة فلو سکنه أحد بغیر حق فالظاهر أنه لیس علیه أجرة المثل

[محل الکلام فی القسم الأول]

و الظاهر أن محل الکلام فی بیع

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۷

الوقف إنما هو القسم الأول و أما الثانی فالظاهر عدم الخلاف فی عدم جواز بیعه لعدم الملک. و بالجملة فکلامهم هنا فیما کان ملکا غیر طلق لا فیما لم یکن ملکا و حینئذ فلو خرب المسجد و خربت القریة و انقطعت المارة عن الطریق الذی فیه المسجد لم یجز بیعه و صرف ثمنه فی إحداث مسجد آخر أو تعمیره و الظاهر عدم الخلاف فی ذلک کما اعترف به غیر واحد.

[کلام کاشف الغطاء فی الأوقاف العامة مع الیأس عن الانتفاع بها فی الجهة المقصودة]

اشارة

نعم ذکر بعض الأساطین بعد ما ذکر أنه لا یصح بیع الأرض الوقف العام مطلقا لا لعدم التمامیة بل لعدم أصیل الملکیة لرجوعها إلی الله و دخولها فی مشاعره أمکن الانتفاع بها فی الوجه الذی وضعت له أولا و مع الیأس من الانتفاع بالجهة المقصودة تؤجر للزراعة و نحوها مع المحافظة علی الآداب اللازمة لها إن کانت مسجدا مثلا و إحکام السجلات لئلا تغلب الید فتفضی بالملک دون الوقف المؤبد و تصرف فائدتها فیما یماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب و الأحوج و الأفضل احتیاطا و مع التعارض فالمدار علی الراجح [فالبواقی علی الترجیح و إن تعذر صرفت إلی غیر المماثل کذلک فإن تعذر صرفت فی مصالح المسلمین [هذا حیث لا تکون الأرض من المفتوحة عنوة و أما ما کانت منها فقد سبق أنها بعد زوال الآثار ترجع إلی ملک المسلمین و أما غیر الأرض من الآلات و الفرش و الحیوانات و ثیاب الضرائح و نحوها فإن بقیت علی حالها و أمکن الانتفاع بها فی خصوص المحل الذی أعدت له کانت علی حالها و إلا جعلت فی المماثل و إلا ففی غیره و إلا ففی المصالح علی ما نحو ما مر و إن تعذر الانتفاع بها باقیة علی حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه أشبهت فی أمر الوقف الملک بعد إعراض المالک فیقوم فیها احتمال الرجوع إلی حکم الإباحة و العود ملکا

للمسلمین تصرف فی مصالحهم و العود إلی المالک الأول و مع الیأس عن معرفته یدخل فی مجهول المالک و یحتمل بقاؤها علی الوقف و تباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و یصرف مرتبا علی النحو السابق و لعل هذا هو الأقوی کما صرح به بعضهم انتهی

[المناقشة فیما أفاده کاشف الغطاء]

و فیه أن إجارة الأرض و بیع الآلات- حسن لو ثبت دلیل علی کونها ملکا للمسلمین و لو علی نحو الأرض المفتوحة عنوة لکنه غیر ثابت و المتیقن خروجها عن ملک مالکها أما دخولها فی ملک المسلمین فمنفی بالأصل. نعم یمکن الحکم بإباحة الانتفاع للمسلمین لأصالة الإباحة و لا یتعلق علیهم أجرة

[ما ورد فی بیع ثوب الکعبة و هبته]

ثم إنه ربما ینافی ما ذکرنا من عدم جواز بیع القسم الثانی من الوقف ما ورد فی بیع ثوب الکعبة و هبته مثل روایة مروان بن عبد الملک قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل اشتری من کسوة الکعبة شیئا فاقتضی ببعضه حاجته و بقی بعضه فی یده هل یصلح له أن یبیع ما أراد قال یبیع ما أراد و یهب ما لم یرد و ینتفع به و یطلب برکته قلت أ یکفن به المیت قال لا.

[الفرق بین ثوب الکعبة و حصیر المسجد و بین نفس المسجد]

قیل و فی روایة أخری: یجوز استعماله و بیع بقیته و کذلک ما ذکروه فی بیع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع اللهم إلا أن یقال إن ثوب الکعبة و حصر المسجد لیسا من قبیل المسجد بل هما مبذولان للبیت و المسجد فیکون کسائر أموالهما و معلوم أن وقفیة أموال المساجد و الکعبة من قبیل القسم الأول و لیست من قبیل نفس المسجد فهی ملک للمسلمین فللناظر العام التصرف فیه بالبیع. نعم فرق بین ما یکون ملکا طلقا کالحصیر المشتری من مال المسجد فهذا یجوز للناظر بیعه مع المصلحة و لو لم یخرج عن حیز الانتفاع بل کان جدیدا غیر مستعمل و بین ما یکون من الأموال وقفا علی المسجد کالحصیر الذی یشتریه الرجل و یضعه فی المسجد و الثوب الذی یلبس به البیت فمثل هذا یکون ملکا للمسلمین لا یجوز لهم تغییره عن وضعه إلا فی مواضع یسوغ فیها بیع الوقف

[الفرق بین ثوب الکعبة و حصیر المسجد]

ثم الفرق بین ثوب الکعبة و حصیر المسجد أن الحصیر یتصور فیه کونه وقفا علی المسلمین و لکن یضعه فی المسجد لأنه أحد وجوه انتفاعهم کالماء المسبل الموضوع فی المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنی عنه جاز الانتفاع به و لو فی مسجد آخر بل یمکن الانتفاع به فی غیره و لو مع حاجته لکن یبقی الکلام فی مورد الشک مثل ما إذا فرش حصیرا فی المسجد أو وضع حب ماء فیه و إن کان الظاهر فی الأول الاختصاص و أوضح من ذلک الترب الموضوعة فیه و فی الثانی العموم فیجوز التوضؤ منه و إن لم یرد الصلاة فی المسجد. و الحاصل أن الحصیر و شبهها الموضوعة فی المساجد و شبهها تتصور فیها أقسام کثیرة یکون الملک فیها للمسلمین و لیست من قبیل نفس المسجد و أضرابه فتعرض الأصحاب لبیعها لا ینافی ما ذکرناه.

[الجذع المنکسر من جذوع المسجد]

نعم ما ذکرناه لا یجری فی الجذع المنکسر من جذوع المسجد التی هی من أجزاء البنیان مع أن المحکی عن العلامة و ولده و

الشهیدین و المحقق الثانی جواز بیعه و إن اختلفوا فی تقیید الحکم و إطلاقه کما سیجیء إلا أن نلتزم بالفرق بین أرض المسجد فإن وقفها و جعلها مسجدا فک ملک بخلاف ما عداها من أجزاء البنیان کالأخشاب و الأحجار فإنها تصیر ملکا للمسلمین فتأمل.

[حکم أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا]

و کیف کان فالحکم فی أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع التصرف فی منافعها کما تقدم عن بعض الأساطین أو بدونه- و أما إجزاؤه کجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فی صرف عینها یجب صرف عینها فیه لأن مقتضی وجوب إبقاء الوقوف و إجرائها علی حسب ما یوقفها أهلها وجوب إبقائها جزء للمسجد لکن لا یجب صرف المال من المکلف لمئونتها بل یصرف من مال المسجد أو بیت المال و إن لم تکن مصلحة فی رده جزء للمسجد فبناء علی ما تقدم من أن الوقف فی المسجد و أضرابه فک ملک لم یجز بیعه لفرض عدم الملک. و حینئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلی مقصود الواقف فالأقرب تعین صرفه فی مصالح ذلک کإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلک کما عن الروضة و إلا صرف فی مسجد آخر کما فی الدروس و إلا صرف فی سائر مصالح المسلمین قیل بل لکل أحد حیازته و تملکه و فیه نظر. و قد ألحقت بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة علی الطریقة المعروفة و الکتب الموقوفة علی المشتغلین و العبد المحبوس فی خدمة الکعبة و نحوها و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواری الموضوعة لصلاة المصلین و غیر ذلک مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجمیع الناس أو المسلمین و نحوهم من غیر المحصورین لا لتحصیل المنافع بالإجارة و نحوها و صرفها فی مصارفها کما فی الحمامات و الدکاکین و نحوها لأن جمیع ذلک صارت بالوقف کالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها علی الإباحة کالطرق العامة و الأسواق و هذا کله حسن علی تقدیر کون

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۸

الوقف فیها فک ملک لا تملیکا

[إتلاف الموقوفات العامة]

و لو أتلف شیئا من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف. ففی الضمان وجهان- من عموم علی الید فیجب صرف قیمته فی بدله و من أن ما یطلب بقیمته یطلب بمنافعه و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاها ظالم کما لو جعلت المدرسة بیت المسکن أو محرزا. و أن الظاهر من التأدیة فی حدیث الید الإیصال إلی المالک فیختص بأملاک الناس و الأول أحوط و قواه بعض.

إذا عرفت جمیع ما ذکرناه فاعلم

أن الکلام فی جواز بیع الوقف یقع فی صور

الأولی أن یخرب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به مع بقاء عینه

کالحیوان المذبوح و الجذع البالی و الحصیر الخلق و الأقوی جواز بیعه وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل کلماتهم لعدم جریان أدلة المنع- أما الإجماع فواضح. و أما قوله ع: لا یجوز شراء الوقف فلانصرافه إلی غیر هذه الحالة. و أما قوله ع: الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها فلا یدل علی المنع هنا لأنه مسوق لبیان وجوب مراعاة الکیفیة المرسومة فی إنشاء الوقف و لیس منها عدم بیعه بل عدم جواز البیع من أحکام الوقف و إن ذکر فی متن العقد للاتفاق علی أنه لا فرق بین ذکره فیه و ترکه و قد تقدم ذلک و یضعف قول من قال ببطلان العقد إذا حکم بجواز بیعه و لو سلم أن المأخوذ فی الوقف إبقاء العین فإنما هو مأخوذ فیه من حیث کون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العین و المفروض تعذره هنا. و الحاصل أن جواز بیعه هنا غیر مناف لما قصده الواقف فی وقفه فهو

ملک للبطون یجوز لهم البیع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولیاء سائر البطون و هو الحاکم أو المتولی. و الحاصل أن الأمر دائر بین تعطیله حتی یتلف بنفسه و بین انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف و بین تبدیله بما یبقی و ینتفع به الکل. و الأول تضییع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف علیه و به یندفع استصحاب المنع مضافا إلی کون المنع السابق فی ضمن وجوب العمل بمقتضی الوقف و هو انتفاع جمیع البطون بعینه و قد ارتفع قطعا فلا یبقی ما کان فی ضمنه. و أما الثانی فمع منافاته لحق سائر البطون یستلزم جواز بیع البطن الأول إذ لا فرق بین إتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب. نعم یمکن أن یقال إذا کان الوقف مما لا یبقی بحسب استعداده العادی إلی آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبدیله بما یبقی لهم فینتهی ملکه إلی من أدرک آخر أزمنة بقائه فتأمل. و کیف کان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة فلا وجه لترخیص البطن الموجود فی إتلافه. و مما ذکرنا یظهر أن الثمن علی تقدیر البیع لا یخص به البطن الموجود وفاقا لمن تقدم ممن یظهر منه ذلک کالإسکافی و العلامة و ولده و الشهیدین و المحقق الثانی. و حکی عن التنقیح و المقتصر و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلیة ذلک فإن المبیع إذا کان ملکا للموجودین بالفعل و للمعدومین بالقوة کان الثمن کذلک فإن الملکیة اعتبار عرفی أو شرعی یلاحظها المعتبر عند تحقق أسبابها فکما أن الموجود مالک له فعلا ما دام موجودا بتملیک الواقف فکذلک المعدوم مالک له شأنا بمقتضی تملیک الواقف و عدم تعقل الملک للمعدوم إنما هو فی الملک الفعلی لا الشأنی. و دعوی أن الملک الشأنی لیس شیئا محققا موجودا یکذبها إنشاء الواقف له کإنشائه للملک الموجود فلو جاز أن تخرج العین الموقوفة إلی ملک الغیر بعوض لا یدخل فی ملک المعدوم علی نهج دخول المعوض جاز أن تخرج بعوض لا یدخل فی ملک الموجود و إلیه أشار الشهید قدس سره فی الفرع الآتی حیث قال إنه یعنی الثمن صار مملوکا علی حد الملک الأول إذ یستحیل أن یملک لا علی حدة خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة- . و اختاره المحقق فی الشرائع فی دیة العبد الموقوف المقتول و لعل وجهه أن الوقف ملک للبطن الموجود غایة الأمر تعلق حق البطون اللاحقة به فإذا فرض جواز بیعه انتقل الثمن إلی من هو مالک له فعلا و لا یلزم من تعلق الحق بعین المبیع تعلقه بالثمن و لا دلیل علیه و مجرد البدلیة لا یوجب ترتب جمیع اللوازم إذ لا عموم لفظی یقتضی البدلیة و التنزیل بل هو بدل فی الملکیة و ما یتبعها من حیث هو ملک.

و فیه أن النقل إلی المشتری إن کان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبیع بعد انعدام البطن السابق إلی البطن اللاحق فلا یملکه المشتری ملکا مستمرا و إن کان هو مطلق الاختصاص المستقر الذی لا یزول إلا بالناقل فهو لا یکون إلا بثبوت جمیع الاختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم علی نحو المثمن. و مما ذکرنا تعرف أن اشتراک البطون فی الثمن أولی من اشتراکهم فی دیة العبد المقتول حیث إنها بدل شرعی یکون الحکم به متأخرا عن تلف الوقت فجاز عقلا منع سرایة حق البطون اللاحقة إلیه بخلاف الثمن فإنه یملکه من یملکه بنفس خروج الوقف عن ملکهم علی وجه المعاوضة الحقیقة فلا یعقل اختصاص العوض بمن لم یختص بالمعوض و من هنا اتضح أیضا أن هذا أولی بالحکم من بدل الرهن الذی حکموا بکونه رهنا لأن حق الرهنیة متعلق بالعین من حیث إنها ملک لمالکها الأول فجاز أن یرتفع لا إلی بدل بارتفاع ملکیة المالک الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه لیس قائما بالعین من حیث إنها ملک للبطن الموجود بل اختصاص موقت نظیر اختصاص البطن الموجود منشأ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخرا عنه فی الوجود. و قد تبین مما ذکرنا أن الثمن حکمه حکم الوقف فی کونه ملکا لجمیع البطون علی ترتیبهم فإن کان مما یمکن أن یبقی و ینتفع به البطون علی نحو المبدل و کانت مصلحة البطون فی بقائه أبقی و إلا أبدل مکانه ما هو أصلح و من هنا ظهر عدم الحاجة إلی صیغة الوقف فی البدل بل نفس البدلیة تقتضی کونه کالمبدل و لذا علله الشهید رحمه الله فی غایة المراد بقوله لأنه صار مملوکا علی حد الملک الأول إذ یستحیل أن یملک لا علی حدة ثم إن هذه العین حیث صارت ملکا للبطون فلهم أو لولیهم أن ینظر فیها و یتصرف فیها بحسب مصلحة جمیع البطون و لو بالإبدال بعین أخری أصلح لهم بل قد یجب إذا کان ترکه یعد تضییعا للحقوق و لیس مثل الأصل ممنوعا عن بیعه إلا لعذر لأن ذلک کان حکما من أحکام الوقف الابتدائی و بدل الوقف إنما هو بدل له فی کونه ملکا للبطون فلا یترتب علیه جمیع أحکام الوقف الابتدائی. و مما ذکرنا أیضا یظهر

عدم وجوب شراء المماثل للوقف کما هو ظاهر التذکرة و الإرشاد و جامع المقاصد و التنقیح و المقتصر و مجمع الفائدة بل قد لا یجوز إذا کان غیره أصلح لأن الثمن إذا صار ملکا للموقوف علیهم الموجودین و المعدومین

المکاسب، ج ۲، ص ۱۶۹

فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة و ولده و الشهید و جماعة فأوجبوا المماثلة مع الإمکان لکون المثل أقرب إلی مقصود الواقف. و فیه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد یتعلق غرضه بکون الموقوف عینا خاصة و قد یتعلق بکون منفعة الوقف مقدارا معینا من دون تعلق غرض بالعین و قد یکون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته کما لو وقف بستانا لینتفعوا بثمرته فبیع فدار الأمر بین أن یشتری بثمنه بستانا فی موضع لا یصل إلیهم إلا قیمة الثمرة و بین أن یشتری ملکا آخر یصل إلیهم أجرة منفعته فإن الأول و إن کان مماثلا إلا أنه لیس أقرب إلی غرض الواقف أنه لا دلیل علی وجوب ملاحظة الأقرب إلی مقصوده إنما اللازم ملاحظة مدلول کلامه فی إنشاء الوقف لتجری الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها فالحاصل أن الوقف ما دام موجودا بشخصه لا یلاحظ فیه إلا مدلول کلام الواقف و إذا بیع و انتقل الثمن إلی الموقوف علیهم لم یلاحظ فیه إلا مصلحتهم هذا. قال العلامة فی محکی التذکرة کل مورد جوزنا بیع الوقف فإنه یباع و یصرف الثمن إلی جهة الوقف فإن أمکن شراء مثل تلک العین مما ینتفع به کان أولی و إلا جاز شراء کل ما یصح وقفه و إلا صرف الثمن إلی الموقوف علیه یعمل فیه ما شاء لأن فیه جمعا بین التوصل إلی غرض الواقف من نفع الموقوف علیه علی الدوام و بین النص الدال علی عدم جواز مخالفة الواقف حیث شرط التأبید فإذا لم یمکن التأبید بحسب الشخص و أمکن بحسب النوع وجب لأنه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأول الذی وقع علیه العقد و مراعاة الخصوصیة الکلیة تفضی إلی فوات الغرض بأجمعه و لأن قصر الثمن علی البائعین یقتضی خروج باقی البطون عن الاستحقاق بغیر وجه مع أنهم یستحقون من الوقف کما یستحق البطن الأول و تعذر وجودهم حال الوقف و قال بعض علمائنا و الشافعیة إن ثمن الوقف کقیمة الموقوف إذا تلف فیصرف الثمن علی الموقوف علیهم علی رأی انتهی. و لا یخفی علیک مواقع الرد و القبول فی کلامه رحمه الله ثم إن المتولی للبیع هو البطن الموجود بضمیمة الحاکم القیم من قبل سائر البطون و یحتمل أن یکون هذا إلی الناظر إن کان لأنه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلی الوقف إلا أن یقال بعدم انصراف وظیفته المجعولة من قبل الواقف إلی التصرف فی نفس العین و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و یحتمل بقاؤها لتعلق حقه بالعین الموقوفة فیتعلق ببدلها ثم إنه لو لم یمکن شراء بدله و لم یکن الثمن مما ینتفع به مع بقاء عینه کالنقدین فلا یجوز دفعه إلی البطن الموجود لما عرفت من کونه کالمبیع مشترکا بین جمیع البطون و حینئذ فیوضع عند أمین حتی یتمکن من شراء ما ینتفع به و لو مع الخیار إلی مدة و لو طلب ذلک البطن الموجود فلا یبعد وجوب إجابته و لا یعطل الثمن حتی یوجد ما یشتری به من غیر خیار. نعم لو رضی الموجود بالاتجار به و کانت المصلحة فی التجارة جازت مع المصلحة إلی أن یوجد البدل و الربح تابع للأصل و لا یملکه الموجودون لأنه جزء من المبیع و لیس کالنماء الحقیقی. ثم لا فرق فی جمیع ما ذکرنا من جواز البیع مع خراب الوقف بین عروض الخراب لکله أو بعضه فیباع البعض المخروب و یجعل بدله ما یکون وقفا و لو کان صرف ثمنه فی باقیه بحیث یوجب زیادة منفعة جاز مع رضا الکل لما عرفت من کون الثمن ملکا للبطون فلهم التصرف فیه علی ظن المصلحة و منه یعلم جواز صرفه فی وقف آخر علیهم علی نحو هذا الوقف فیجوز صرف ثمن ملک مخروب فی تعمیر وقف آخر علیهم و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقی بعضه محتاجا إلی عمارة لا یمکن بدونها انتفاع البطون اللاحقة فهل یصرف ثمن المخروب إلی عمارة الباقی و إن لم یرض البطن الموجود وجهان آتیان فیما إذا احتاج إصلاح الوقف بحیث لا یخرج عن قابلیة انتفاع البطون اللاحقة إلی صرف منفعته الحاضرة التی یستحقها البطن الموجود إذا لم یشترط الواقف إخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته فی الموقوف علیهم و هنا فروع أخر یستخرجها الماهر بعد التأمل.

الصورة الثانیة أن یخرب بحیث یسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه كدار تهدمت فصارت عرصة تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئا معتدا به فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كانت منفعته كمنفعة العرصة فلا ينبغى الإشكال فى عدم الجواز و إن كان يعطى بثمنه ما تكون منفعته أكثر من منفعة العرصة بل ساوت منفعة الدار ففى جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعا. و قد تقدم التصريح من العلامة فى التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف و لم يجز بيعها اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين فإن الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صار عرصة تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئى كجمع الزبائل فيها و نحوه يصدق عليه أنه لا يجدى نفعا و كذا القرية الموقوفة فإن خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها و لا يكون بسلب منافع أراضيها رأسا و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيرا ما تستأجر للأغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى إطلاق كلام من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا- يجدى نفعا و يشمله الإجماع المدعى فى الانتصار و الغنية لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله ع لا يجوز شراء الوقف مشكل. و يؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه أخر كالتسقيف و جعلها جسرا و نحو ذلك بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى رحمهما الله لفظيا حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به فى منفعة أخرى الإنفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلا- كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا. نعم لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز لانصراف

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۰

قوله ع لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحالة و كذا حبس العين و تسبيل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتد بها موجودة و إلا- فمجرد حبس العين و إمساكه و لو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الأولى ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب لجريان ما ذكرناه فيه ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض أن جواز بيع الوقف لا- يكون إلا- مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه ثم وجه بطلان الوقف فى الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى فى الابتداء و الاستدامة و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. و فيه ما عرفت سابقا من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد مع أنه لا دليل عليه مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة فإن الشرط فى العقود الناقلة يكفى وجوده حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالية و لا يخرج بذلك عن ملك المشترى مع أن جواز بيعه لا- يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا- ملاحظا فى عنوان وقفه البستانية فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك فإنه و إن لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس من عنوان الوقف و احتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقية و خراب غيرها و إن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه أن العرصة كانت جزء من الوقف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى قد فرض خرابه و لو فرض إرادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف و ربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكروه فى باب الوصية من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم لو لم تكن الدارية و البستانية و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و إن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله لم يبطل الوقف بتغير أحواله ثم ذكر أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين. أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف بل و لا جواز البيع و إن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه إن أريد العنوان ما جعل مفعولا فى قوله وقفت هذا البستان فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعت هذا البستان أو وهبته فإن التمليك

المعلق بعنوان لا یقتضی دوران الملک مدار العنوان فالبستان إذا صار ملکا فقد ملک منه کل جزء خارجی و إن لم یکن فی ضمن عنوان البستان و لیس التملیک من قبیل الأحکام الجعلیة المتعلقة بالعنوانات و إن أرید بالعنوان شیء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا بد من بیان المراد منه هل یراد ما اشترط لفظا أو قصدا فی الموضوع زیادة علی عنوانه. و أما تأیید ما ذکر بالوصیة فالمناسب أن یقاس ما نحن فیه بالوصیة بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملک الموصی بموته و قبول الموصی له فهل یرضی أحد بالتزام بطلان الوصیة بصیرورة البستان عرصة. نعم الوصیة قبل تمامها یقع الکلام فی بقائها و بطلانها من جهات أخر ثم ما ذکره من الوجهین مما لا یعرف له وجه بعد إطباق کل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملک الواقف علی عدم عوده إلیه أبدا.

الصورة الثالثة أن یخرب بحیث تقل منفعته لکن لا إلی حد یلحق بالمعدوم

و الأقوی هنا المنع و هو الظاهر من الأکثر فی مسألة النخلة المنقلعة حیث جوز الشیخ فی محکی الخلاف بیعها محتجا بأنه لا یمکن الانتفاع بها إلا علی هذا الوجه لأن الوجه الذی شرطه الواقف قد بطل و لا یرجی عوده و منعه الحلی قائلا و لا یجوز بیعها بل ینتفع بها بغیر البیع مستندا إلی وجوب بقاء الوقف علی حاله مع إمکان الانتفاع و زوال بعض المنافع لا یستلزم زوال جمیعها لإمکان التسقیف بها و نحوه. و حکی موافقته عن الفاضلین و الشهیدین و المحقق الثانی و أکثر المتأخرین. و حکی فی الإیضاح عن والده قدس سرهما أن النزاع بین الشیخ و الحلی لفظی و استحسنه لأن فی تعلیل الشیخ اعترافا بسلب جمیع منافعها و الحلی فرض وجود منفعة لها و منع لذلک بیعها و قیل یمکن بناء نزاعهما علی رعایة المنفعة المعد لها الوقف کما هو الظاهر من تعلیل الشیخ و لا یخلو عن تأمل. و کیف کان فالأقوی هنا المنع و أولی منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب فلا یجوز بذلک البیع إلا إذا قلنا بجواز بیعه إذا کان أعود و سیجیء تفصیله.

الصورة الرابعة أن یکون بیع الوقف أنفع و أعود للموقوف

و الظاهر أن المراد منه أن یکون ثمن الوقف أزید نفعا من المنفعة الحاصلة تدریجا مدة وجود الموقوف علیه و قد نسب جواز البیع هنا إلی المفید و قد تقدمت عبارته فراجع. و زیادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلی البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبة إلی جمیع البطون إذا قیل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه و الأقوی المنع مطلقا وفاقا للأکثر بل الکل بناء علی ما تقدم من عدم دلالة قول المفید علی ذلک و علی تقدیره فقد تقدم عن التحریر أن کلام المفید متأول و کیف کان فلا إشکال فی المنع لوجود مقتضی المنع و هو وجوب العمل علی طبق إنشاء الواقف. و قوله ع: لا یجوز شراء الوقف و غیر ذلک و عدم ما یصلح للمنع عدا روایة ابن محبوب عن علی بن رئاب عن جعفر بن حنان قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل وقف غلة له علی قرابته من أبیه و قرابته من أمه و أوصی لرجل و لعقبه من تلک الغلة لیس بینه و بینه قرابة بثلاثمائة درهم فی کل سنة و یقسم الباقی علی قرابته من أبیه و قرابته من أمه فقال جائز للذی أوصی له بذلک قلت أ رأیت إن لم یخرج من غلة تلک الأرض التی أوقفها إلا خمسمائة درهم فقال أ لیس فی وصیته أن یعطی الذی أوصی له من تلک الغلة ثلاثمائة درهم و یقسم الباقی علی قرابته من أبیه

المکاسب، ج۲، ص ۱۷۱

و أمه قلت نعم قال لیس لقرابته أن یأخذوا من الغلة شیئا حتی یوفوا الموصی له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما یبقی بعد ذلک قلت أ رأیت إن مات الذی أوصی له قال إن مات کانت الثلاثمائة درهم لورثته یتوارثونها بینهم فأما إذا انقطع ورثته فلم یبق منهم أحد کانت الثلاثمائة درهم لقرابة المیت یرد إلی ما یخرج من الوقف ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلک ما بقوا و بقیت الغلة قلت فللورثة من قرابة المیت أن یبیعوا الأرض إن احتاجوا إلیها و لم یکفهم ما یخرج من الغلة قال نعم إذا رضوا کلهم و کان البیع خیرا لهم باعوا. و الخبر المروی عن الاحتجاج: إن الحمیری کتب إلی صاحب الزمان جعلنی الله فداه أنه روی عن الصادق ع خبر مأثور إذا کان الوقف علی

قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا- أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فأجاب ع إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و مفترقين إن شاء الله دلت على جواز البيع إما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إما مطلقا بناء على عموم الجواب لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل فى رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما فى بيع كل واحد بقرينة رواية الاحتجاج. و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضيعة الإمام ع من الوقف. و الجواب عن رواية جعفر فإنها إنما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا- لمجرد كون البيع أنفع فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدم عن ظاهر النزهة و سيجيء الكلام فى هذا القول بل يمكن أن يقال إن المراد بكون البيع خيرا لهم مطلق النفع الذى يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته فليس مراد الإمام ع بيان اعتبار ذلك تعبدا بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل يعنى إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه جاز كما يقال إذا أردت البيع و رأيته أصلح من تركه فبع و هذا مما لا- يقول به أحد و يحتمل أيضا أن يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل. و عن المختلف و جماعة الجواب عنها بعدم ظهورها فى المؤبد لاقتصارها على ذكر الأعقاب و فيه نظر لأن الاقتصار فى مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص إذ يصح أن يقال فى الوقف المؤبد إنه وقف على الأولاد مثلا و حينئذ فعلى الإمام ع أن يستفصل إذا كان بين المؤبد و غيره فرق فى الحكم فافهم و كيف كان ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة. و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدلها كذلك كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع فى هذه الصورة و التصرف فى الثمن رخصة من الشارع للبائع فى إسقاط حق اللاحقين آنا ما قبل البيع نظير الرجوع فى الهبة المتحقق ببيع الواهب لئلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة

و قد تقدم عن جماعة تجويز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه و تدل عليه رواية جعفر المتقدمة و يرده أن ظاهر الرواية أنه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمئونة سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى. و المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة و بينها و بين مطلق الفقير عموم من وجه إذ قد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الأوقات لمن يقدر على مئونة سنته فالرواية بظاهرها غير معمول بها مع أنه قد يقال إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكل و كون البيع أنفع و لو لم يكن حاجة و كيف كان فلا- يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعة و فى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع و عن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنهما بمصير جمهور المتأخرين و جماعة من القدماء إلى الخلاف بل معارضتهما بالإجماع المدعى فى السرائر إشكال.

الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة

للبطن الموجود أو جميع البطون أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلفت كلمات العلامة و من تأخر عنه فى ذلك فقال فى الإرشاد لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمنه فالوجه الجواز انتهى و فى القواعد و لو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمنه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلة

نفعه ففی صحهٔ الشرط إشکال و مع البطلان ففی إبطال الوقف نظر انتهی و ذکر فی الإیضاح فی وجه الجواز روایهٔ جعفر بن حنان المتقدمهٔ قال فإذا جاز بغیر شرط فمع الشرط أولی و فی وجه المنع أن الوقف للتأبید و البیع ینافیه قال و الأصح أنه لا یجوز بیع الوقف بحال انتهی قال الشهید فی الدروس و لو شرط الواقف بیعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنهٔ بینهم فأولی بالجواز انتهی و یظهر منه أن للشرط تأثیرا و أنه یحتمل المنع من دون الشرط و التجویز معه. و عن المحقق الکرکی أنه قال التحقیق أن کل موضع قلنا بجواز بیع الوقف یجوز اشتراط البیع فی الوقف إذا بلغ تلک الحالهٔ لأنه شرط مؤکد و لیس بمناف للتأبید المعتبر فی الوقف لأنه مقید واقعا بعدم حصول أحد أسباب البیع و إلا فلا للمنافاهٔ فلا یصح حینئذ حبسها لأن اشتراط شراء شیء

المکاسب، ج۲، ص ۱۷۲

بثمنه یکون وقفا مناف لذلک لاقتضائه الخروج عن الملک فلا یکون وقفا و لا حبسا انتهی. أقول و یمکن أن یقال بعد التمسک فی الجواز بعموم الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها و المؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت کون جواز البیع منافیا لمقتضی الوقف فلعله مناف لإطلاقه و لذا یجتمع الوقف مع جواز البیع عند طرو مسوغاته فإن التحقیق کما عرفت سابقا أن جواز البیع لا یبطل الوقف بل هو وقف یجوز بیعه فإذا بیع خرج عن کونه وقفا ثم إنه لو سلم المنافاهٔ فإنما هو بیعه للبطن الموجود و أکل ثمنه و أما تبدیله بوقف آخر فلا تنافی بینه و بین مفهوم الوقف فمعنی کونه حبسا کونه محبوسا من أن یتصرف فیه بعض طبقات الملاک علی نحو الملک المطلق و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال شرعیهٔ کانت کخوف الخراب أو بجعل الواقف کالاشتراط فی متن العقد فتأمل. ثم إنه روی صحیحا فی الکافی: ما ذکره أمیر المؤمنین ع فی کیفیهٔ وقف ماله فی عین ینبع و فیه فإن أراد الحسن أن یبیع نصیبا من المال فیقضی به الدین فلیفعل إن شاء لا حرج علیه فیه و إن شاء جعله شروی الملک و إن ولد علی و أموالهم إلی الحسن بن علی و إن کان دار الحسن بن علی غیر دار الصدقهٔ فبدا له أن یبیعها فلیبعها إن شاء و لا حرج علیه فیه فإن باع فإنه یقسم ثمنها ثلاثهٔ أثلاث فیجعل ثلثا فی سبیل الله و یجعل ثلثا فی بنی هاشم و بنی المطلب و یجعل ثلثا فی آل أبی طالب و أنه یضعه فیهم حیث یراه الله ثم قال و إن حدث بحسن بن علی حدث و حسین حی فإن الآخر منهما ینظر فی بنی علی إلی أن قال فإنه یجعله فی رجل یرضاه من بنی هاشم و إنه یشترط علی الذی یجعله إلیه أن یترک المال علی أصوله و ینفق الثمرهٔ حیث أمره به من سبیل الله و وجوهه و ذوی الرحم من بنی هاشم و بنی عبد المطلب و القریب و البعید لا یباع شیء منه و لا یوهب و لا یورث الروایهٔ و ظاهرها جواز اشتراط البیع فی الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البیع لجمیع البطون و صرف ثمنه فیما ینتفعون به و السند صحیح و التأویل مشکل و العمل أشکل.

الصورهٔ السابعهٔ أن یؤدی بقاؤه إلی خرابه علما أو ظنا

و هو المعبر عنه بخوف الخراب فی کثیر من العبائر المتقدمهٔ و الأداء إلی الخراب قد یکون للخلف بین أربابه و قد یکون لا له و الخراب المعلوم أو المخوف قد یکون علی حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به و قد یکون علی وجه نقص المنفعهٔ و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر کانتفاعه السابق أو أزید فلا یجوز بیعه إلا علی ما استظهره بعض من تقدم کلامه سابقا من أن تغیر عنوان الوقف یسوغ بیعه و قد عرفت ضعفه. و قد عرفت من عبائر جماعهٔ تجویز البیع فی صورهٔ التأدیهٔ إلی الخراب و لو لغیر الاختلاف و من أخری تقییدهم به.

الصورهٔ الثامنهٔ أن یقع بین الموقوف علیهم اختلاف لا یؤمن معه تلف المال أو النفس

و إن لم یعلم أو یظن بذلک فإن الظاهر من بعض العبارات السابقهٔ جوازه لذلک خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم

من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة

أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس

و الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب- على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا

سواء كـان لأجـل الاختلاف أم غيره و المنع فى غيره من جميع الصور أما الجواز فى الأول فلما مر من الـدليل على جواز بيع ما سـقط عن الانتفاع فإن الغرض من عـدم البيع عـدم انقطاع شـخصه فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شـخصه فدار الأمر بين انقطاع شـخصه و نوعه و بين انقطاع شـخصه لا نوعه كان الثانى أولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصـلا. و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم قـد يشـكل الأمر فيما لو فرض تضـرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجـدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقى. و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه- و مع فوته ففى تقـديم البيع إشـكال و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به و بين صـرف منفعته الحاصـلة مدة من الزمان لتعميره ففى ترجيـح حق البطن الـذى تفوته المنفعـة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلق بشـخص الوقف وجهان لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصـلاح الوقف من منفعـة مقدما على الموقوف عليه. و قد يسـتدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح من أن بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعة و إتلاف للمال و هو منهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يـدل على وجوب البيع. و فيه أن المحرم هو إضاعة المال المسـلط عليه لا ترك المال الذى لا سـلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه و إلا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع. و الحاصل أن ضعف هـذا الدليل بظاهره واضح و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير و يتلوه فى الضـعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذرت فيجوز إخراجه عن حده تحصـيلا للغرض منه و الجمود على العين مع تعطيلهـا تضـييع للغرض كمـا أنه لو تعطـل الهـدى ذبـح فى الحال و إن اختص بموضع فلما تعـذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المعتـذر. و فيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شـخص الموقوف لأنه الـذى دلت عليه صـيغة الوقف و المفروض تعذره فيسـقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشـخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأسا و جعل ذلك مؤيدا.

[الدليل على المنع فى غير ما ذكرنا]

اشارة

و أما المنع فى غير هـذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها فلعموم قوله ع لا يجوز شـراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك فإن ترك الاستفصال فيه بين علم المشترى بعدم وقوع بيع الوقف على

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۳

بعض الوجوه المجوزة و بین عـدمه الموجب لحمـل فعل البائع علی الصـحة یـدل علی أن الوقف ما دامت له غلـة لا یجوز بیعه و کـذا قوله ع: الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله. و ما دل علی أنه یترک حتی یرثها وارث السماوات و الأرض

[التمسک بالاستصحاب علی المنع

هذا کله مضافا إلی الاستصحاب فی جمیع هذه الصور و عدم الدلیل الوارد علیه

[الاستدلال بمکاتبة ابن مهزیار علی الجواز فی غیر ما ذکرنا]

عـدا المکاتبـة المشـهورة التی انحصر تمسـک کل من جوزه فی هـذه الصور فیها و هی مکاتبـة ابن مهزیار قال: کتبت إلی أبی جعفر الثـانی ع أن فلانا ابتاع ضـیعة فأوقفها و جعل لک فی الوقف الخمس و یسأل عن رأیک فی بیع حصـتک من الأرض أو تقویمها علی نفسه بما اشتراها به أو یـدعها موقوفـة. فکتب إلی أعلم فلانا أنی آمره أن یبیع حصتی من الضـیعة و إیصال ثمن ذلک إلی و أن ذلک رأیی إن شـاء الله تعـالی أو یقومهـا علی نفسه إن کـان ذلـک أوفـق له قـال و کتبت إلیه أن الرجـل ذکر أن بین من وقف علیهم هـذه الضـیعة اختلافا شدیـدا و أنه لیس یأمن أن یتفاقم ذلک بینهم بعـده فإن کان تری أن یبیع هـذا الوقف و یـدفع إلی کل إنسان منهم ما [کـان وقف له من ذلـک أمرته. فکتب بخطه إلی أعلمه أن رأیی له إن کـان قـد علم الاختلاف ما بین أصـحاب الوقف أن بیع الوقف أمثل فلیبع فإنه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و النفوس

[الاستدلال بالمکاتبة علی الجواز فیما لو کان الخراب علی وجه نقص المنفعة]

حیث إنه یمکن الاسـتدلال للجواز بها فی القسم الثانی من الصورة السابعة بناء علی أن قوله فإنه إلی آخره تعلیل لجواز البیع فی صورة الاختلاـف و أن المراد بالمـال هو الوقف فإن ضم النفوس إنما هو لبیان الضـرر الآخر المترتب علی الاختلاف لا أن المناط فی الحکم هو اجتماع الأمرین کما لا یخفی فیکون حاصل التعلیل أنه کلما کان الوقف فی معرض الخراب جاز بیعه و فیه أن المقصود جواز بیعه إذا أدی بقـاؤه إلی الخراب علمـا أو ظنـا لا مجرد کونه ربما یؤدی إلیه المجامع للاحتمال المساوی أو المرجوح علی ما هو الظاهر من لفظه ربما کما لا یخفی علی المتتبع لموارد اسـتعمالاتها و لا أظن أن أحدا یلتزم بجواز البیع بمجرد احتمال أداء بقائه إلی الخراب لأن کلمات من عبر بهذا العنوان کما عرفت بین قولهم أدی بقاؤه إلی خرابه و بین قولهم یخشی أو یخاف خرابه.
و الخوف عند المشهور کما یعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم یجب الإفطار و التیمم مع خوف الضرر و یحرم السفر مع خوف الهلاـک و لاـ یتحقق إلاـ بعـد قیـام أمـارة الخوف هـذا مع أن منـاط الجواز علی ذکر تلف الوقف رأسا و هو القسم الأول من الصورة السابعـة التی جوزنا فیها البیع فلا یشـمل الخراب الـذی لا یصدق معه التلف مع أنه لا وجه بناء علی عموم التعلیل للاقتصار علی خوف خراب خصوص الوقف بل کلما خیف تلف مال جاز بیع الوقف.

و أما تقریب الاستدلال بالمکاتبة علی جواز البیع فی الصورة الثامنة

و هی صورة وقوع الاختلاف الـذی ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو أن الحکم بالجواز معلق علی الاختلاف إلا أن قوله ع فإنه ربما إلی آخره مقیـد بالاختلاف الخاص و هو الـذی لا یؤمن معه من التلف لأن العلة تقید المعلول کما فی قولک لا تأکل الرمان لأنه حامض. و فیه أن اللازم علی هـذا تعمیم الجواز فی کل مورد لا یؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم یکن من جهـة اختلاف الموقوف علیهم فیجوز بیع الوقف لإصـلاح کل فتنة و إن لم یکن لها دخل فی الوقف اللهم إلا أن یدعی سوق العلة مساق التقریب لا التعلیل الحقیقی حتی یتعـدی إلی جمیع موارده لکن تقییـد الاختلاف حینئذ بکونه مما لا یؤمن ممنوع و هو الذی فهمه الشـهید الثانی

رحمه الله فی الروضة کما تقدم کلامه لکن الحکم علی هذا الوجه مخالف للمشهور فلا یبقی حینئذ وثوق بالروایة بحیث یرفع الید بها عن العمومات و القواعد مع ما فیها من ضعف الدلالة کما سیجیء إلیه الإشارة.

[الاستدلال بالمکاتبة علی الصورة التاسعة و رده.]

و مما ذکرنا یظهر تقریب الاستدلال علی الصورة التاسعة و رده.

و أما تقریب الاستدلال علی الصورة العاشرة

فهو أن ضم تلف النفس إلی تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس یتبعه خوف تلف المال غالبا یدل علی اعتبار بلوغ الفتنة فی الشدة إلی حیث یخاف منه تلف النفس و لا یکفی بلوغه إلی ما دون ذلک بحیث یخاف منه تلف المال فقط. و فیه أن اللازم علی هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بین الموقوف علیهم بل یجوز حینئذ بیع الوقف لرفع کل فتنة مع أن ظاهر الروایة کفایة کون الاختلاف بحیث ربما جاء فیه تلف الأموال و النفوس و المقصود کما یظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التی تستباح بها الأنفس.

[استناد الفتاوی بجواز بیع الوقف إلی ما فهم من المکاتبة المذکورة]

و الحاصل أن جمیع الفتاوی المتقدمة فی جواز بیع الوقف الراجعة إلی اعتبار أداء بقاء الوقف علما أو ظنا أو احتمالا إلی مطلق الفساد أو فساد خاص أو اعتبار الاختلاف مطلقا أو اختلاف خاص مستندة إلی ما فهم أربابها من المکاتبة المذکورة

و الأظهر فی مدلولها هو إناطة الجواز

بالاختلاف الذی ربما جاء فیه تلف الأموال و النفوس لا مطلق الاختلاف لأن الذیل مقید و لا خصوص المؤدی علما أو ظنا لأن موارد استعمال لفظة ربما أعم من ذلک و لا مطلق ما یؤدی إلی المحذور المذکور لعدم ظهور الذیل فی التعلیل بحیث یتعدی عن مورد النص و إن کان فیه إشارة إلی التعلیل.

[الإیراد علی المکاتبة بإعراض المشهور عنها]

و علی ما ذکرنا فالمکاتبة غیر معنی بها عند المشهور لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلی الخراب الغیر اللازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال و الأنفس فتکون النسبة بین فتوی المشهور و مضمون الروایة عموما من وجه لکن الإنصاف أن هذا لا یمنع من جبر ضعف دلالة الروایة و قصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة لأن اختلاف فتاوی المشهور إنما هو من حیث الاختلاف فی فهم المناط الذی أنیط به الجواز من قوله ع إن کان قد علم الاختلاف المنضم إلی قوله فإنه ربما جاء فی الاختلاف.

[الإیراد علی المکاتبة بعدم ظهورها فی الوقف المؤبد أو ظهورها فی عدم إقباض الموقوف علیهم]

و أما دلالة المکاتبة علی کون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام فهی علی تقدیر قصورها منجبرة بالشهرة فیندفع بها ما یدعی من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها فی المؤبد لعدم ذکر البطن اللاحق و ظهورها فی عدم إقباض الموقوف علیهم و عدم تمام الوقف کما عن الإیضاح و أوضحه الفاضل المحدث المجلسی و جزم به المحدث البحرانی و مال إلیه فی الریاض. قال الأول فی بعض حواشیه علی بعض کتب الأخبار إنه یخطر بالبال أنه یمکن حمل الخبر علی ما إذا لم یقبضهم الضیعة الموقوف

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۴

عليهم و لم يدفعها إليهم و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم فی تلك الضيعة أو فی أمر آخر فهل يدعها موقوفة و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها أيهما أفضل انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس فی السؤال ما يوجب ظهوره فی ذلك فلا- يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال فی الجواب كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال فی الوقف المنقطع إذ كثيرا ما يقتصر فی مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد. و الحاصل أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد لا- تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدی الفتنة إليه أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات فی الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى و هی أن مقتضى القاعدة كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون و ظاهر الرواية تقريره للسائل فی تقسيم ثمن الوقف على الموجودين فلا بد إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكلف سقوط حتى سائر البطون عن الوقف آنا ما قبل البيع لتقع المعاوضة فی مالهم و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعنی الحبس الذی لا إشكال فی بقائه على ملك الواقف أو على الوقف غير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغة الوقف و إن تحقق التوطين عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار. و يؤيده تصدی الواقف بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظرا أو يقال إنه أجنبی استأذن الإمام ع فی بيعه عليهم حسبة بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام ع من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها مع أن المركوز فی الأذهان اشتراك جميع البطون فی الوقف و بدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقی على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام هو هذا النحو أيضا إلا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام و يقال إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكلف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع أو بمنع تقرير الإمام ع للسائل فی قسمة الثمن إلى الموجودين.

[القدر المتيقن من المكاتبة]

و يبقى الكلام فی تعيين المحتملات فی مناط جواز البيع و قد عرفت الأظهر منها لكن فی النفس شیء من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقن من المحتملات و هو الاختلاف المؤدی علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذی جوزنا فيه البيع أن المناط فی ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا. و المناط هنا خراب الوقف الذی يتحقق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف فإن الزائد من المقدار الباقی مال قد تلف

[المراد من التلف فی المكاتبة]

و ليس المراد من التلف فی الرواية تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم إذ لا- يتناسب هذا ما هو الغالب فی تلف الضيعة التی هی مورد الرواية فإن تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها

[هل الثمن للبطن الموجود أو يشترى به ما يكون وقفا]

ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمة بل المحكی عن الأكثر أن الثمن فی هذا البيع للبطن الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو أنه يشترى بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلا لمطلوب الواقف بحسب

الإمكان و هذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الروايـة فى تقرير السائل فى قسمة الثمن على الموجودين أو على منع العمل بهذا التقرير فى مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون فى البدل كالمبدل لكن الوجه الثانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكا برواية جعفر فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الرواية.

و أما الوقف المنقطع

اشارة

و هو ما إذا وقف على من ينقرض- بناء على صحته كما هو المعروف- فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف و إما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم و على الثانى فإما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم و إما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف و إما أن يقال بصيرورته فى سبيل الله

[هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا]

فعلى الأول لا- يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك و فى جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال- من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به و لذا منع الأصحاب كما فى الإيضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة مدة العدة مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق و الشهيدين فى المسالك و الدروس و غيرهم صحة البيع فى السكنى الموقتة بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه و لعله إما لمنع الغرر و إما للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال هى له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فإن احتاج إلى بيعها أ يبيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبى يقول قال أبو جعفر لا ينقض البيع الإجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط إلى آخر الخبر. و مع ذلك فقد توقف فى المسألة العلامة و ولده و المحقق الثانى و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه لعدم الغرر و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشترى لا توجب معرفة البيع و كذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع صح جزما و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبى لأن المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشترى بلا- عوض اللهم إلا- أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم أو تكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم فيكون العوض موزعا عليهما و لا بد أن يكون

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۵

ذلك على وجه الصلح لأن غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أم بيع الموقوف عليه كما يدل كلامه عليه المحكى عنه فى مسألة السكنى- حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما فى السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل. و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس إن شاء الله.

[حكم البيع بناء على صيرورته ملكا مستقرا للموقوف عليهم

و على الثانى فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاؤه فى يدهم إلى انقراضهم.

[حكم البيع بناء على عوده إلى ملك الواقف

و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف فى الوقف بقاء العين كما لا يجوز أيضا للواقف لغير المالك فعلا و إن أجاز الموقوف عليه إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال على أن الموقوف عليه الذى هو المالك فعلا- ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقرض الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع ثم إنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوز الموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف و يمكن رفع التنافى بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام فى ثبوت هذا القول بين من اختلف فى مالك الموقوف فى الوقف المنقطع و يتضح ذلك بمراجعة المسألة فى كتاب الوقف.

[حكم البيع بناء على صيرورته فى سبيل الله

و على الرابع فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثانى على ما حكى عنه لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص ثم إن ما ذكرنا فى حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذى لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد فيشترك معه فى المنع فى الصور التى منعنا و فى الجواز فى الصورة التى جوزنا لاشتراك دليل المنع و يتشاركان أيضا فى حكم الثمن بعد المبيع.

و أما الوقف المنقطع

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها

اشارة

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائدة. و فى بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات فى صدر الإسلام مثل ما: روى عن قول أمير المؤمنين لمن سأله عن بيع أمة أرضعت ولده قال له خذ بيدها و قل من يشترى أم ولدى.

و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم فى جملة من الموارد منها جعل أم ولد ملكا غير طلق كالوقف و الرهن و قد عرفت أن المراد من الطلق تمامية الملك و الاستقلال فى التصرف فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقا بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها كما أن المجهول الذى يصح الصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه لا يخرج عن كونه طلقا. و منها كلماتهم فى رهن أم الولد فلاحظها. و منها كلماتهم فى استيلاد المشترى فى زمان خيار البائع فإن المصرح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن أن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة لامتناع انتقال أم الولد و كذا فى كلام العلامة و ولده و جامع المقاصد ذلك أيضا فى زمان مطلق الخيار. و منها كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ردا و قبولا فإنها كالصريحة فى أن الممنوع مطلق نقلها لا خصوص البيع. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل و مع ذلك كله فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل للأصول

و خلو کلام المعظم عن حکم غیر البیع و قد عرفت ظهوره من تضاعیف کلمات المعظم فی الموارد المختلفة و مع ذلک فهو الظاهر من المبسوط و السرائر حیث قالا- إذا مات ولدها جاز بیعها و هبتها و التصرف فیها بسائر أنواع التصرف. و قد ادعی فی الإیضاح الإجماع صریحا علی المنع عن کل ناقل و أرسله بعضهم کصاحب الریاض و جماعة إرسال المسلمات بل عبارة بعضهم ظاهرة فی دعوی الاتفاق حیث قال إن الاستیلاد مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملک المولی إلی ملک غیره أو المعرضة لها للدخول فی ملک غیره کالرهن علی خلاف فی ذلک ثم إن عموم المنع لکل ناقل و عدم اختصاصه بالبیع قول جمیع المسلمین و الوجه فیه ظهور أدلة المنع المعنونة بالبیع فی إرادة مطلق النقل فإن مثل قول أمیر المؤمنین ع فی الروایة السابقة: خذ بیدها و قل من یشتری أم ولدی یدل علی کون مطلق نقل أم الولد إلی الغیر کان من المنکرات و هو مقتضی التأمل فیما سیجیء من أخبار بیع أم الولد فی ثمن رقبتها و عدم جوازه فیما سوی ذلک هذا مضافا إلی ما اشتهر و إن لم نجد نصا علیه من أن الوجه فی المنع هو بقاؤها رجاء لانعتاقها من نصیب ولدها بعد موت سیدها. و الحاصل أنه لا إشکال فی عموم المنع لجمیع النواقل ثم إن المنع مختص بعدم هلاک الولد فلو هلک جاز اتفاقا فتوی و نصا و لو مات الولد و خلف ولدا ففی إجراء حکم الولد علیه لأصالة بقاء المنع و لصدق الاسم فیندرج فی إطلاق الأدلة و تغلیبا للحریة أو العدم لکونه حقیقة فی ولد الصلب و ظهور إرادته من جملة الأخبار و إطلاق ما دل من النصوص و الإجماع علی الجواز بعد موت ولدها أو التفصیل بین کونه وارثا لعدم ولد الصلب للمولی و عدمه لمساواة الأول مع ولد الصلب فی الجهة المقتضیة للمنع وجوه حکی أولها عن الإیضاح و ثالثها عن المهذب البارع و نهایة المرام و عن القواعد و الدروس و غیرهما التردد.

بقی الکلام فی معنی أم الولد

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل إذ لا یصدق الولد إلا بالولادة لکن المراد هنا مجازا ولدها و لو حملا للمشارفة و یحتمل أن یراد الولادة من الوالد دون الوالدة و کیف کان فلا- إشکال بل لا خلاف فی تحقق الموضوع بمجرد الحمل. و یدل علیه الصحیح عن محمد بن مارد: عن أبی عبد الله ع

المکاسب، ج۲، ص ۱۷۶

فی رجل یتزوج الجاریة فتلد منه أولادا ثم یشتریها فتمکث عنده ما شاء الله لم تلد منه شیئا بعد ما ملکها ثم یبدو له فی بیعها قال هی أمته إن شاء باع ما لم یحدث عنده حمل بعد ذلک و إن شاء أعتق و فی روایة السکونی عن جعفر بن محمد قال: قال علی بن الحسین صلوات الله علیهم أجمعین فی مکاتبة یطأها مولاها فتحمل فقال یرد علیها مهر مثلها و تسعی فی قیمتها فإن عجزت فهی من أمهات الأولاد لکن فی دلالتها علی ثبوت الحکم بمجرد الحمل نظر لأن زمان الحکم بعد تحقق السعی و العجز عقیب الحمل و الغالب ولوج الروح حینئذ ثم الحمل یصدق بالمضغة اتفاقا علی ما صرح فی الریاض و استظهره بعض آخر و حکاه عن جماعة هنا و فی باب انقضاء عدة الحامل و فی صحیحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع عن الحبلی یطلقها زوجها ثم تضع سقطا تم أو لم یتم أو وضعته مضغة أ تنقضی بذلک عدتها فقال ع کل شیء وضعته یستبین أنه حمل تم أو لم یتم فقد انقضت به عدتها و إن کانت مضغة ثم الظاهر صدق الحمل علی العلقة و قوله ع و إن کانت مضغة تقریر لکلام السائل لا بیان لأقل مراتب الحمل کما عن الإسکافی و حینئذ یتجه الحکم بتحقق الموضوع بالعلقة کما عن بعض بل عن الإیضاح و المهذب البارع الإجماع علیه. و فی المبسوط فیما إذا ألقت جسدا لیس فیه تخطیط لا- ظاهر و لا- خفی لکن قالت القوابل إنه مبدأ خلق آدمی و إنه لو بقی لخلق و تصور قال قوم إنها لا تصیر أم ولد بذلک و قال بعضهم تصیر أم ولد و هو مذهبنا انتهی و لا یخلو عن قوة لصدق الحمل. و أما النطفة فهی بمجردها لا عبرة بها ما لم تستقر فی الرحم لعدم صدق کونها حاملا و علی هذا الفرد ینزل إجماع الفاضل المقداد- علی عدم العبرة بها فی العدة و أما مع استقرارها فی الرحم فالمحکی عن نهایة الشیخ تحقق الاستیلاد بها و هو الذی قواه فی المبسوط فی باب العدة بعد أن نقل عن

المخالفين عدم انقضاء العدة به مستدلا بعموم الآية و الأخبار و مرجعه إلى صدق الحمل. و دعوى أن إطلاق الحامل حينئذ مجاز بالمشارفة يكذبها التأمل فى الاستعمالات و ربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ مع أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم فى بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك نعم قوى فى السرائر موافقته فيما تقدم عن الشيخ فى مسألة الجسد الذى ليس فيه التخطيط و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضا. و اعلم أن ثمرة تحقق الموضوع فيما إذا ألقت المملوكة ما فى بطنها إنما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى حملا و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال و حينئذ فلو وطئها المولى ثم جاءت بولد تام أو غير تام فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أول زمان العلوق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك فذكر صور الإلقاء المضغة و العلقة و النطفة فى باب العدة إنما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء. و فى باب الاستيلاد لبيان كشفها عن أن المملوكة بعد الوطء صارت أم ولد لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقة صحيح إلى أن تصير النطفة علقة و لذا عبر الأصحاب عن سبب الاستيلاد بالعلوق الذى هو اللقاح. نعم لو فرض عدم علوقها بعد الوطء إلى زمان صح البيع قبل العلوق ثم إن المصرح به فى كلام بعض حاكيا له عن غيره أنه لا يعتبر فى العلوق أن يكون بالوطء فيتحقق بالمساحقة لأن المناط هو الحمل و كون ما يولد منها ولدا للمولى شرعا فلا عبرة بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم يشترط فى العلوق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطى و إن كان محرما كما إذا كانت فى حيض أو ممنوعة الوطء شرعا لعارض آخر أما الأمة المزوجة فوطؤها زناء لا يوجب لحوق الولد ثم إن المشهور اعتبار الحمل فى زمان الملك فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم ولد خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن حمزة فاكتفيا بكونها أم ولد قبل الملك و لعله لإطلاق العنوان و وجود العلة و هى كونها فى معرض الانعتاق من نصيب ولدها و يرد الأول منع إطلاق يقتضى ذلك فإن المتبادر من أم الولد صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية كالمدبر و المكاتب. و العلة المذكورة غير مطردة و لا منعكسة كما لا يخفى مضافا

إلى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعدة كلية مستفادة من الأخبار كروايتى السكونى و محمد بن مارد المتقدمتين و صحيحة عمر بن يزيد الآتية و غيرها. و من الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها باستيلاد أعنى تشبثها بالحرية و لذا كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز إلا بعد إقامة الدليل الخاص فلا بد من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظة فى نظر الشارع من الحق المذكور فلا يصغى إذا إلى منع الدليل على المنع كلية و التمسك بأصالة صحة البيع من حيث قاعدة تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكلية المذكورة فى الجملة لكن المحكى فى السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع و عدم الاستثناء و هو غير ثابت. و على تقدير الثبوت فهو ضعيف يرده مضافا إلى ما ستعرف من الأخبار قوله ع فى صحيحة زرارة: و قد سأله عن أم ولد تباع و تورث وحدها حد الأمة بناء على حملها على أنها قد تعرض لها ما يجوز ذلك.

و أما المواضع القابلة للاستثناء

اشارة

و إن وقع التكلم فى استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحق و هى صور يجمعها تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق أو تعلق حق سابق على الاستيلاد أو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل.

[موارد القسم الأول]

فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين

و الكلام فى هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبتها و يقع فيما إذا كان غير ثمنها و على الأول يقع الكلام تارة بعد موت المولى و أخرى فى حال حياته أما بعد الموت فالمشهور الجواز بل عن الروضة أنه موضع وفاق و عن جماعة أنه لا خلاف فيه و لا ينافى ذلك مخالفة السيد فى أصل المسألة لأنهم يريدون نفى الخلاف بين القائلين بالاستثناء فى بيع أم الولد أو القائلين باستثناء بيعها فى ثمن رقبتها فى مقابل صورة حياة

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۷

المولى المختلف فيها. و كيف كان فلا إشكال فى الجواز فى هذه الصورة- لا لما قيل من قاعدة تسلط الناس على أموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدة إلى المنع فى خصوص هذا المال بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبى إبراهيم ع أسألك عن مسألة فقال سل قلت لم باع أمير المؤمنين ص أمهات الأولاد قال فى فكاك رقابهن قلت فكيف ذلك قال أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ ولدها منها و بيعت و أدى ثمنها قلت فتباع فيما سوى ذلك من دين قال لا و فى رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبى الحسن ع قال: سألته عن بيع أم الولد تباع فى الدين قال نعم فى ثمن رقبتها. و مقتضى إطلاقها بل إطلاق الصحيحة كما قيل ثبوت الجواز مع حياة المولى كما هو مذهب الأكثر بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا نعم تردد فيه الفاضلان. و عن نهاية المرام و الكفاية أن المنع نادر لكنه لا يخلو عن قوة و ربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييدها بالصحيحة السابقة بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى كما يشهد به قوله فيها و لم يدع من المال إلى آخر الرواية فيدل على نفى الجواز عما سوى هذا الفرد إما لورودها فى جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد فيدل على الحصر و إما لأن نفى الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعها فى الدين مع حياة المولى. و اندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح. نعم يمكن أن يقال فى وجه القوة بعد الغض عن دعوى ظهور قوله تباع الظاهر فى الدين فى كون البائع غير المولى فيما بعد الموت أن النسبة بينها و بين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها. نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصص فيقال يمنع الإجماع فى محل الخلاف و لا سيما مع كون المخالف جل المجمعين بل كلهم إلا نادرا و حينئذ فالمرجع إلى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم لكن التحقيق خلافه و إن صدر هو عن بعض المحققين لأن المستفاد من النصوص و الفتاوى أن استيلاد الأمة يحدث لها حقا مانعا عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعاة و ربما توهم معارضة هذه القاعدة بوجوب أداء الدين فتبقى قاعدة السلطنة و أصالة بقاء جواز بيعها فى ثمن رقبتها قبل الاستيلاد و لا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاد قبل العجز عن ثمنها لأن بيعها قبل العجز ليس بيعا فى الدين كما لا يخفى. و يندفع أصل المعارضة بأن أدلة وجوب أداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية و الشرعية و قاعدة المنع تنفى القدرة الشرعية كما فى المرهون و الموقوف فالأولى فى الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهر فى عدم كون بيعها فى ثمن رقبتها كما يشهد به قوله فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها مع أن ظاهر البدء فى البيع ينافى الاضطرار إليه لأجل ثمنها. و بالجملة فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت لا إشكال فى رجحان دلالتها- على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل مضافا إلى اعتضادها بالشهرة المحققة و المسألة محل إشكال ثم على المشهور من الجواز- فهل يعتبر فيه عدم ما يفى به الدين و لو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير أو مما عداها كما عن جماعة الأقوى هو الثانى بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق لأن الحكم بالجواز فى هذه الصورة فى النص و الفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاد فتكون ملكا طلقا كسائر الأملاك التى يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات. فحاصل السؤال فى رواية عمر بن يزيد أنه هل تباع أم الولد فى الدين على حد سائر الأموال التى تباع فيه. و حاصل الجواب تقرير ذلك فى

خصوص ثمن الرقبة فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال.
و مما ذكرنا يظهر أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع فى ثمن رقبتها لأن غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها. و مما ذكرنا يظهر الوجه فى استثناء الكفن و مئونة التجهيز فإذا كان للميت كفن و أم ولد بيعت أم الولد فى الدين دون الكفن إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها لأن الكفن لا يؤدى عن الدين ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه دينا للبائع- أو استدان الثمن و اشترى به أما لو اشترى فى الذمة ثم استدان ما أوفى به البائع فليس بيعها فى ثمن رقبتها بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل. و لا فرق بين بقاء جميع الثمن فى الذمة أو بعضها و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليها. نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غاية المراد التصريح به و لو كان الثمن مؤجلا لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان مأيوسا عن الأداء عند الأجل. و فى اشتراط مطالبة البائع أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحق الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبة فيجوز فى الأول دون الثانى وجوه أحوطها الأول و مقتضى الإطلاق الثانى و لو تبرع متبرع بالأداء فإن سلم إلى البائع برئت ذمة المشترى و لا يجوز بيعها و إن سلم إلى المولى أو الورثة ففى وجوب القبول نظر و كذا لو رضى البائع باستسعائها فى الأداء و لو دار الأمر بين بيعها ممن تنعتق عليه أو بشرط العتق و بيعها من غيره ففى وجوب تقديم الأول وجهان و لو أدى الولد ثمن نصيبه انعتقت عليه و حكم الباقى يعلم من مسائل السراية و لو أدى ثمن جميعها فإن أقبضه البائع فكالمتبرع و إن كان بطريق الشراء ففى وجوب قبول ذلك على الورثة نظر من الإطلاق و من الجمع بين حقى الاستيلاد و الدين و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر فلجواز بيع البائع لها مقاصة مطلقا أو مع إذن الحاكم وجه و ربما يستوجه خلافه لأن المنع لحق أم الولد فلا يسقط بامتناع المولى و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرية و فى الجميع نظر. و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها فى عقد مساومتها و إن كان صلحا و فى إلحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن- كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدة معينة إشكال و على العدم لو فسخ البائع فإن قلنا بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ استردت و إن قلنا

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۸

بمنعه عنه فتنتقل إلى القيمة و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ فى أداء القيمة أمكن القول بجواز استردادها لأن المانع عنه هو عدم انتقالها فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل القيمة لم يمنع عن ردها إلى البائع كما لو بيعت على البائع فى ثمن رقبتها هذا مجمل القول فى بيعها فى ثمنها. و أما بيعها فى دين آخر- فإن كان مولاها حيا لم يجز إجماعا على الظاهر المصرح به فى كلام بعض و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضا لأصالة بقاء المنع فى حال الحياة و لإطلاق روايتى عمر بن يزيد المتقدمين منطوقا و مفهوما و بهما يخصص ما دل بعمومه على الجواز مما يتخيل صلاحيته لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد كمفهوم مقطوعة يونس: فى أم ولد ليس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها قال لا هى أمة لا يحل لأحد تزويجها إلا بعتق من الورثة و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعى فى بقية ثمنها خلافا للمحكى عن المبسوط فجوز البيع حينئذ مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر اللمعتين و كنز العرفان و الصيمرى و لعل وجه تفصيل الشيخ أن الورثة لا يرثون مع الاستغراق فلا سبيل إلى انعتاق أم الولد الذى هو الغرض من المنع عن بيعها و عن نكاح المسالك- أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و لزمه أداء قيمة النصيب من ماله و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك أولا بأن المستفاد مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن يقوم عليه أصلا و إنما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة لقيمة أمة هل تقوم عليه أو تسعى هى فى أداء قيمتها. و ثانيا بأن النصيب إذا نسب إلى الوارث- فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل المقصود منه النصيب المستقر الثابت لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له تفصيا من لزوم بقاء الملك بلا مالك. و ثالثا أن ما ادعاه من الانعتاق على

الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب و لا دل عليه دليل معتبر و ما توهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه بناء على صحة الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه. و رابعا أنه يلزم على كلامه- أنه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوى قيمة أمة يقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثابت في الباقى بعد الديون و نحوها يساوى قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من القيمة نصيبه الباقى الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقى هذا مما لا يقوله أحد من الأصحاب و ينبغى القطع ببطلانه.

و يمكن دفع الأول بأن المستفاد من ظاهر الأدلة انعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد لكن ذلك لا ينافى اشتغال ذمة الولد قهرا بقيمة نصيبه أو وجوب بيعها فى القيمة جمعا بين ما دل على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها و بين ما دل على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان غاية الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التى يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان و يكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين. و الحاصل أن مقتضى النهى عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة و عدم تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين أبيه و لازم ذلك انعتاقها على الولد فيتردد الأمر حينئذ بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين فتكون أم الولد نظير مئونة التجهيز التى لا يتعلق حق الديان بها و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من يتلف فى ملكه و تنعتق عليه و هو الولد و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها فتسعى فيها و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها فلهم أن يؤجروها مدة طويلة نفى أجرتها بدينهم كما قيل بتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس. و لا إشكال فى عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين فتعتق على كل حال و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا إلى التأمل. و مما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى- فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقا أو فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث- إذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعتاقها و لا جامع بينها و بين الوقف الذى هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق. و أما ما ذكره رابعا فهو إنما ينافى الجزم بكون قيمتها بعد الانعتاق متعلقا بالولد أما إذا قلنا باستسعائها فلا يلزم شىء. فالضابط حينئذ أنها تنعتق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين كان ذلك فى رقبتها. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه لو كان غير ولدها أيضا مستحقا لشىء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجانا بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين فينعتق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصتها التى فكها من الديان و إما أن يخلى بينها و بين الديان فتنعتق أيضا عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم و أما حرمان الديان عنها عينا و قيمة و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها و صرفها فى غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف فى أم الولد لذلك. و مما ذكرنا يظهر ما فى قول بعض من أورد على ما فى المسالك بما ذكرناه أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جدا حيث

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۹

إنهم قيدوا الدين بكونه ثمنا و حكموا بأنها تعتق على ولدها من نصيبه و أن ما فضل عن نصيبه تنعتق بالسراية و تسعى فى أداء قيمتها و لو قصدوا أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملا بالنصوص المزبورة فله وجه إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات و لا ذكر فى النصوص صريحا انتهى. و أنت خبير بأن النصوص المزبورة لا تقتضى سقوط حق الديان كما لا يخفى.

و منها تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاه فى الروضة بشرط عدم كفاية بعضها له بناء على ما تقدم نظيره فى الدين من أن المنع لغاية الإرث و هو مفقود مع الحاجة إلى الكفن و قد عرفت أن هذه حكمة غير مطردة و لا منعكسة. و أما بناء على ما تقدم من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فبيعها له أولى بل اللازم ذلك أيضا بناء على حصر الجواز فى بيعها فى ثمنها على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها لا يمنع عن بيعها فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد و إلا لصرف مقابله فى ثمنها و لم تبع و من ذلك يظهر النظر فيما قيل من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب و توضيحه أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت و حق بائع أم الولد و حق أم الولد فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن و إهمال حق أم الولد ببيعها فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناء على ما تقدم فى المسألة السابقة كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين و انحصار الحق فى الميت و أم الولد اللهم إلا أن يقال لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها و ثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها فى ثمنها- بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف فى الدين فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها فى الثمن تقديم الدين على الكفن أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولاها الميت فلا دليل على تقديم حق مولاها ليخصص به قاعدة المنع عن بيع أم الولد عدا ما يدعى من قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه و الاستيلاد من ذلك الحق و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل. نعم يمكن أن يقال نظير ما قيل فى الدين- من أن الولد يرث نصيبه و ينعتق عليه و تتعلق بذمته مئونة التجهيز أو تستسعى أمه و لو بإيجار نفسها فى مدة و أخذ الأجرة قبل العمل و صرفها فى التجهيز و المسألة محل إشكال.

و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حياته

أما بعد موته فلا إشكال فى حكمها لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية إما إلى الحرية الخالصة أو الرقية الخالصة و حكم جنايتها عمدا أنه إن كان فى مورد ثبت القصاص فللمجنى عليه القصاص نفسا كان أو طرفا و له استرقاقها كلا أو بعضا على حسب جنايتها فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا و ربما تخيل بعض أنه يمكن أن يقال إن رقيتها للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة فى عدم بيع أم الولد مطلقا. و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا و إلا فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق الظاهر فى صيرورة الجانى رقا خالصا و ما وجه به هذا الاحتمال من أنها تنتقل إلى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الأول ففيه أنه ليس فى النص إلا الاسترقاق و هو جعلها رقا له كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال إنه إنما كان على النحو الذى كان للمولى الأول. و الحاصل أن المستفاد بالضرورة من النص و الفتوى أن الاستيلاد يحدث للأمة حقا على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفنه على خلاف فى ذلك و إن كانت الجناية خطأ فالمشهور أنها كغيرها من المماليك يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها إلى المجنى عليه و بين أن يفديها بأقل الأمرين على المشهور أو بالأرش على ما عن الشيخ و غيره. و عن الخلاف و السرائر و استيلاد المبسوط أنه لا خلاف فى أن جنايتها تتعلق برقبتها لكن عن ديات المبسوط أن جنايتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبى ثور فإنه جعلها فى ذمتها تتبع بها بعد العتق و هو المخالف لما فى الاستيلاد من المبسوط و ربما يوجه بإرادة نفى الخلاف بين العامة و ربما نسب إليه الغفلة كما عن المختلف و الأظهر أن المراد بكونها على سيدها عود خسارة جنايتها على السيد فى مقابل عدم خسارة المولى لا من عين الجانى و لا من مال آخر

و كونها في ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق و ليس المراد وجوب فدائها. و على هذا أيضا يحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله ع قال: أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها و ما كان من حقوق الله في الحدود فإن ذلك في بدنها فمعنى كونها على سيدها أن الأمة بنفسها لا تتحمل من الجناية شيئا. و مثلها ما أرسل عن علي ع في قوله: المعتق على دبر فهو من الثلث و ما جنى هو و المكاتب و أم الولد فالمولى ضامن لجنايتهم. و المراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من مال المولى المردد بين ملكه الجاني أو ملك آخر و كيف كان فإطلاقات حكم جناية مطلق المملوك سليمة عن المخصص و لا يعارضها أيضا إطلاق المنع عن بيع أم الولد لأن ترك فدائها و التخلية بينها و بين المجني عليه ليس نقلا لها خلافا للمحكي عن موضع من المبسوط و المهذب و المختلف من تعيين الفداء على السيد. و لعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاد المولى هو الذي أبطل أحد طرفي التخيير فتعين عليه الآخر بناء على أنه لا فرق بين إبطال طرفي التخيير بعد الجناية كما لو قتل أو باع عبده الجاني و بين إبطاله قبلها كالاستيلاد الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها و قد عرفت معنى الروايتين و المؤيد مصادرة لا يبطل به إطلاق النصوص

و منها ما إذا جنت على مولاها – بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجني عليه غير المولى

فهل تعود ملكا طلقا بجنايتها

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۰

على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هي المحكي في الروضة عن بعض و عدها السيوري من صور الجواز أو لا كما هو المشهور إذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل. و ما يقال في توجيهه من أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان فإذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد و هو استقلال جديد في التصرف فيها مضافا إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذي أنيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة و مضافا إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمدا فيندفع بما لا يخفى و أما الجناية على مولاها خطأ فلا إشكال في أنها لا يجوز التصرف فيها كما لا يخفى. و روى الشيخ في الموثق عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي ع قال: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهي حرة ليس عليها سعاية و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه ص: إن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لا تبعة عليها و إن قتلته عمدا قتلت به. و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ سعت في قيمتها و يمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار الجمع بينهما بغير ذلك فراجع.

و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها

فإنها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها و بين إمساكها و لا شيء له لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ففي المستولدة يحتمل ذلك و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة و أما احتمال منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه فلا وجه له لأن الاستيلاد يمنع عن المعاوضة أو ما في حكمها لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع و المسألة من أصلها موضع إشكال لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوض لأن الدية عوض شرعي عما فات بالجناية لا عن رقبة العبد و تمام الكلام في محله.

و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت

حكاه في الروضة و كذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها و لم يثبت كونها أمة المولى إلا

بعد القسمة و قلنا إن القسمة لا تنقص و یغرم الإمام قیمتها لمالکها لکن المحکی عن الأکثر و المنصوص أنها ترد علی مالکها و یغرم قیمتها للمقاتلة.

و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمة

و ملکت أمواله التی هی منها.

و منها ما إذا کان مولاها ذمیا و قتل مسلما

فإنه یدفع هو و أمواله إلی أولیاء المقتول هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول و هو ما إذا عرض لأم الولد حق للغیر أقوی من الاستیلاد.

و أما القسم الثانی و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولی بالمراعاة من حق الاستیلاد

فمن موارده ما إذا أسلمت و هی أمة ذمی

فإنها تباع علیه بناء علی أن حق إسلامها المقتضی لعدم سلطنة الکافر علیها أولی من حق الاستیلاد المعرض للعتق و لو فرض تکافؤ دلیلهما کان المرجع عمومات صحة البیع دون قاعدة سلطنة الناس مسلطون علی أموالهم المقتضیة لعدم جواز بیعها علیه لأن المفروض أن قاعدة السلطنة قد ارتفعت بحکومة أدلة نفی سلطنة الکافر علی المسلم فالمالک لیس مسلطا قطعا و لا حق له فی عین الملک جزما إنما الکلام فی تعارض حقی أم الولد من حیث کونها مسلمة فلا یجوز کونها مقهورة بید الکافر و من حیث کونها فی معرض العتق فلا یجوز إخراجها عن هذه العرصة و الظاهر أن الأول أولی للاعتبار و حکومة قاعدة نفی السبیل علی جل القواعد و لقوله ص: الإسلام یعلو و لا یعلی علیه. و مما ذکرنا ظهر أنه لا وجه للتمسک باستصحاب المنع قبل إسلامها لأن الشک إنما هو فی طرو ما مقدم علی حق الاستیلاد و الأصل عدمه مع إمکان معارضة الأصل بمثله لو فرض فی بعض الصور تقدم الإسلام علی المنع عن البیع و مع إمکان دعوی ظهور قاعدة المنع فی عدم سلطنة المالک و تقدیم حق الاستیلاد علی حق الملک فلا ینافی تقدیم حق آخر لها علی هذا الحق.

و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو فی کسبها

فتباع علی من ینفق علیها علی ما حکی عن اللمعة و کنز العرفان و أبی العباس و الصیمری و المحقق الثانی. و قال فی القواعد لو عجز عن الإنفاق علی أم الولد أمرت بالتکسب فإن عجزت أنفق علیها من بیت المال و لا یجب عتقها و لو کانت الکفایة بالتزویج وجبت و لو تعذر الجمیع ففی البیع إشکال انتهی. و ظاهره عدم جواز البیع مهما أمکن الإنفاق من مال المولی أو کسبه أو مالها أو عوض بضعها أو وجود من یؤخذ بنفقتها أو بیت المال و هو حسن و مع عدم ذلک کله فلا یبعد المنع عن البیع أیضا و فرضها کالحر فی وجوب سد رمقها کفایة علی جمیع من اطلع علیها و لو فرض عدم ذلک أیضا أو کون ذلک ضررا عظیما علیها فلا یبعد الجواز لحکومة أدلة نفی الضرر و لأن رفع هذا عنها أولی من تحملها ذلک رجاء أن تنعتق من نصیب ولدها مع جریان ما ذکرناه أخیرا فی الصورة السابقة من احتمال ظهور أدلة المنع فی ترجیح حق الاستیلاد علی حق مالکها لا علی حقها الآخر فتدبر.

و منها بیعها علی من تنعتق علیه

على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة لأن فيه تعجيل حقها و هو حسن لو علم أن العلة حصول العتق فلعل الحكمة انعتاق خاص اللهم إلا أن يستند إلى ما ذكرناه أخيرا فى ظهور أدلة المنع أو يقال إن هذا عتق فى الحقيقة. و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق- فلو لم يف المشترى احتمل وجوب استردادها كما عن الشهيد الثانى و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول المشترى على الإعتاق إذ إعتاقها عليه قهرا و كذلك بيعها ممن أقر بحريتها و يشكل بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن فى مقابل الحر و إن علم بكذبه لم يجز أيضا لعدم جواز بيع أم الولد و مجرد صيرورتها حرة على المشترى فى ظاهر الشرع مع كونها ملكا له فى الواقع و بقائها فى الواقع على صفة الرقية للمشترى لا يجوز البيع بل الحرية الواقعية و إن تأخرت- أولى من الظاهرية و إن تعجلت.

و منها ما إذا مات قريبها و خلف تركة و لم يكن له وارث سواها

فتشترى من مولاها للعتق و ترث قريبها و هو مختار الجماعة

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۱

السابقة و ابن سعيد فى النزهة و حكى عن العمانى و عن المهذب إجماع الأصحاب عليه و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث على قاعدة المنع مضافا إلى ظهورها فى رفع سلطنة المالك و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره بل تباع عليه لو امتنع

و أما القسم الثالث- و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاد

فمن مواردها ما إذا كان علوقها بعد الرهن

فإن المحكى عن الشيخ و الحلى و ابن زهرة و المختلف و التذكرة و اللمعة و المسالك و المحقق الثانى و السيورى و أبى العباس و الصيمرى جواز بيعها حينئذ و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاد اللاحق بعد تعارض أدلة حكم الرهن و أدلة المنع عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها خلافا للمحكى عن الشرائع و التحرير فالمنع مطلقا. و عن الشهيد فى بعض تحقيقاته الفرق بين وقوع الوطء بإذن المرتهن و وقوعه بدونه و عن الإرشاد و القواعد التردد و تمام الكلام فى باب الرهن.

و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

و كانت فاضلة عن المستثنيات فى أداء الدين فتباع حينئذ كما فى القواعد و اللمعة و جامع المقاصد.

و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها و لا دليل على بطلانه بالاستيلاد و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان أما لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس فى التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله فى الدين فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه فتأمل و تمام الكلام فى باب الحجر إن شاء الله.

و منها ما إذا كان علوقها بعد جنايتها

و هذا فى الجناية التى لا تجوز البيع لو كانت لاحقة بل تلزم المولى بالفداء و أما لو قلنا بأن الجناية اللاحقة أيضا ترفع المنع لم يكن فائدة فى فرض تقديمها.

و منها ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها

فإن المحکی عن الحلی جواز استردادها مع کونها ملکا للمشتری و لعله لاقتضاء الخیار ذلک فلا یبطله الاستیلاد خلافا للعلامة و ولده و المحقق و الشهید الثانیین و غیرهم فحکموا بأنه إذا فسخ رجع بقیمة أم الولد و لعله لصیرورتها منزلة التالف و الفسخ بنفسه لا یقتضی إلا جعل العقد من زمان الفسخ کأن لم یکن و أما وجوب رد العین فهو من أحکامه لو لم یمنع عقلا أو شرعا و المانع الشرعی کالعقلی. نعم لو قیل إن الممنوع إنما هو نقل المالک أو النقل من قبله لدیونه أما الانتقال عنه بسبب یقتضیه الدلیل خارج عن اختیاره فلم یثبت فلا مانع شرعا من استرداد عینها. و الحاصل أن منع الاستیلاد عن استرداد بائعها لها یحتاج إلی دلیل مفقود اللهم إلا أن یدعی أن الاستیلاد حق لأم الولد مانع عن انتقالها عن ملک المولی لحقه أو لحق غیره إلا أن یکون للغیر حق أقوی أو سابق یقتضی انتقالها و المفروض أن حق الخیار لا یقتضی انتقالها بقول مطلق بل یقتضی انتقالها مع الإمکان شرعا و المفروض أن تعلق حق أم الولد مانع شرعا کالعتق و البیع علی القول بصحتهما فی زمان الخیار فتأمل.

و منها ما إذا کان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها

بناء علی ما استظهر الاتفاق علیه من جواز اشتراط الأداء من مال معین فیتعلق به حق المضمون له و حیث فرض سابقا علی الاستیلاد فلا یزاحم به علی قول محکی فی الروضة.

و منها ما إذا کان علوقها بعد نذر جعلها صدقة

إذا کان النذر مشروطا بشرط لم یحصل قبل الوطء ثم حصل بعده بناء علی ما ذکروه من خروج المنذور کونها صدقة عن ملک الناذر بمجرد النذر فی المطلق بعد حصول الشرط فی المعلق کما حکاه صاحب المدارک عنهم فی باب الزکاة و یحتمل کون استیلادها کإتلافها فیحصل الحنث و تستقر القیمة جمعا بین حقی أم الولد و المنذور له و لو نذر التصدق بها فإن کان مطلقا قلنا بخروجها عن الملک بمجرد ذلک کما حکی عن بعض فلا حکم للعلوق و إن قلنا بعدم خروجها عن ملکه احتمل تقدیم حق المنذور له فی العین و تقدیم حق الاستیلاد و الجمع بینهما بالقیمة و لو کان معلقا فوطئها قبل حصول الشرط صارت أم ولد فإذا حصل الشرط وجب التصدق بها لتقدم سببه و یحتمل انحلال النذر لصیرورة التصدق مرجوحا بالاستیلاد مع الرجوع إلی القیمة أو بدونه و تمام الکلام یحتاج إلی بسط تمام لا یسعه الوقت.

و منها ما إذا کان علوقها من مکاتب مشروط ثم فسخت کتابته فللمولی أن یبیعها

علی ما حکاه فی الروضة عن بعض الأصحاب بناء علی أن مستولدته أم ولد بالفعل غیر معلق علی عتقه فلا یجوز له بیع ولدها.

و [أما] القسم الرابع - فهو ما کان إبقاؤها فی ملک المولی غیر معرض لها للعتق

لعدم توریث الولد من أبیه لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعا لفجور أو ظاهرا باعتراف ثم إنا لم نذکر فی کل مورد من موارد الاستثناء إلا قلیلا من کثیر ما یحتمله من الکلام فیطلب تفصیل کل واحد من مقامه

مسألة و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا کونه مرهونا

اشارة

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالک فى بيع ملكه المرهون.
و حكى عن الخلاف إجماع الفرقة و أخبارهم على ذلک و قد حكى الإجماع عن غيره أيضا. و عن المختلف فى باب تزويج الأمة المرهونة أنه أرسل عن النبى ص: إن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن.

و إنما الكلام فى أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفک. فظاهر عبائر جماعة من القدماء و غيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ فى النهاية و ابن حمزة فى الوسيلة و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم هو كونه موقوفا و هو الأقوى للعمومات السليمة عن المخصص لأن معقد الإجماع و الأخبار الظاهرة فى المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت فى محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا. و على تسليم الظهور فى بطلان التصرف رأسا فهى موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه هذا كله مضافا إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و ليست تلک كمعصية الله أصالة فى إيقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى
المكاسب، ج۲، ص ۱۸۲
هذا كله مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولى لكن الظاهر من التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا و فيه نظر لأن من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله ص: لا بيع إلا فى ملک لا يلزمه البطلان هنا بل الأظهر ما سيجىء عن إيضاح النافع من أن الظاهر وقوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولى. و قد ظهر من ذلک ضعف ما قواه بعض من عاصرناه- من القول بالبطلان متمسكا بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهى قال و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهى بالعقد لا لأمر خارج منه و هو كاف فى اقتضاء الفساد كما اقتضاء فى بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما فى كون سبب النهى حق الغير. ثم أورد على نفسه بقوله فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان العقد الفضولى و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن فى المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم. قلنا إن التصرف المنهى عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقبة و إن كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالک فالظاهر أنه كذلک كما سبق فى الفضولى و إلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولى قد يكون محرما و قد لا يكون كذلک و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غصب حقه أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيا عنه و إن كان بقصد النيابة عن الراهن فى مجرد إجراء الصيغة فلا يزيد عن عقد الفضولى فلا يتعلق به نهى أصلا. و أما المالک فلما حجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه لانحصار المالكية فيه و لا معنى لقصده النيابة فهو منهى عنه لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه فتخصص العمومات بما ذكر و مجرد الملک لا يقضى بالصحة إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق أن المراد بالملک المسوغ للبيع هو ملک الأصل مع التصرف فيه و لذلک لم يصح البيع فى مواضع وجد فيها سبب الملک و كان ناقصا للمنع عن التصرف. ثم قال و بالجملة فالذى يظهر من تتبع الأدلة أن العقود ما لم تنته إلى المالک فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته و أما إذا انتهت إلى إذن المالک أو إجازته أو صدرت عنه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلک العقد على اللزوم و أما التعليل المستفاد من الرواية المروية فى النكاح و هو قوله ع: إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كالعبد لا يملک أمر نفسه و أما المالک المحجور عليه فهو عاص لله بالأصالة بتصرفه و لا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و إنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار فى كل مالک متول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالمفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع و

ربما تتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى انتهى كلامه رفع مقامه. و يرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة و منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمر خارج الفساد. أولا أن نظير ذلك يتصور فى بيع الراهن فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمة فى شيء من ذلك. و ثانيا أن المتيقن من الإجماع و الأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما تقتضيه عبارة معقد الإجماع و الأخبار أعنى قولهم الراهن و المرتهن ممنوعان و معلوم أن المنع فى المرتهن إنما هو على وجه لا ينافى وقوعه موقوفا و حاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه فى ذلك و إثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل و مع عدمه يرجع إلى العمومات. و أما ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق فيما بينهما فلم أتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير فإن منع الله جل ذكره من

تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد و بيع الراهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد و لذا لا يؤثر الإذن السابق فى صحة البيع فقياس الرهن عليهما فى غير محله. و بالجملة فالمستفاد من طريقة الأصحاب بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأسا بل إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق و يندرج فى ذلك الفضولى و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمة على الحرة و غير ذلك فإن النهى فى جميع ذلك إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا و هو صيرورته سببا مستقلة لآثاره من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناء على ما سيجيء من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشترى رهنا للبائع و بعبارة أخرى الرهن و البيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما فى زمان واحد أعنى ما قبل الإجازة و هذا نظير ما تقدم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع و يدفعه أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن فى الواقع و إلا لجرى ذلك فى العقد الفضولى أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة و أما ما يلزم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسألة إجازة المرتهن. نعم يلزم فى مسألة فك الرهن و سيجيء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

[هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة]

ثم إن الكلام فى كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام فى مسألة الفضولى و محصله أن مقتضى القاعدة النقل إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن إجازة

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۳

المالك أشبه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق مع أن العلامة قدس سره فى تلك المسألة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و أجازه أما إذا أسقط حق الرهن ففى كون الإسقاط كاشفا أو ناقلا كلام يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثم إنه لا إشكال فى أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح و هل ينفع الإجازة بعد الرد وجهان من أن الرد فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن رد أحد المتعاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فإن المرتهن أجنبى له حق فى العين و من أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرتهن فرضاء كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن رد المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم

[فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة]

ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به فى التذكرة.

و حكى عن فخر الإسلام و الشهيد فى الحواشى و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد بل بمطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظرا إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه

و الفرق بين الإجازة و الفك

أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع فى زمان حقه و إن لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع. و بالجملة فالإجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شيء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الإشكال فيه عن جماعة مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص و ليس ذلك محل التمسك بالعام إذ ليس فى اللفظ عموم زمانى حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا فى العام. و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا و لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى و إنما هو من جهة المانع فإذا زال أثر المقتضى. و مرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و من: الناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك عامة و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى هو أسبق فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص فافهم. و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبدا و كونه زوجا. و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم عتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف-

[هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل]

هذا و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلا و مؤثرا من حينه لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من أن مقتضى مفهوم

الإجازة إمضاء العقد من حينه فإن هذا غير متحقق فی فك الرهن فهو نظير بيع الفضولی ثم تملكه للمبيع حيث إنه لا- يسع القائل بصحته إلا- التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد و إلا لزم فی المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكه كما يلزم فی تلك المسألة كون المبيع لمالكين فی زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا

[ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف

و لكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. و قد تقدم عن القواعد فی مسألة عفو الراهن عن الجانی على المرهون أن الفك يكشف عن صحته و يدل على الكشف أيضا ما استدلوا به على الكشف فی الفضولی من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره فی الروضة و جامع المقاصد ثم إن لازم الكشف كما عرفت فی مسألة الفضولی لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشتری الأصيل فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن فی البيع.

[لو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب

نعم يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانی إلا بذلك فالوفاء بمقتضی الرهن غير مناف للوفاء بالبيع و يمكن أن يقال إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع بمعنی عدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه و يدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك و كيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقی المشتری و المرتهن اللازمين على الراهن البائع وجهان و مع انحصار المال فی المبيع فلا إشكال فی تقديم حق المرتهن

مسألة إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه

فالأقوی صحة بيعه وفاقا للمحكی عن العلامة و الشهيد و المحقق الثانی و غيرهم بل فی شرح الصيمری أنه المشهور لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۴

عن ملك مولاه على ما هو المعروف عمن عدا الشيخ فی الخلاف كما سيجیء و تعلق حق المجنی عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به و مجرد إمكان مطالبة أولياء المجنی عليه له فی كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته. و على تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق فإن افتك لزم و إلا بطل البيع من أصله و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل فيكون تلفه من المشتری فی غير زمن الخيار لوقوعه فی ملكه غاية الأمر أن كون المبيع عرضة لذلك يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الأرمد إذا عمی و المريض إذا مات بمرضه و يرده أن المبيع إذا كان متعلقا لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازما لأدائه إلى سقوط حق الغير فلا بد إما أن يبطل و إما أن يقع مراعی. و قد عرفت أن مقتضی عدم استقلال البائع فی ماله و مدخلية الغير فيه وقوع بيعه مراعی لا باطلا و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذی يخاف عليه من الموت و الأرمد الذی يخاف عليه من العمی الموجب للانعتاق فإن الخوف فی المثالين لا يوجب نقصانا فی سلطنة المالك مانعا عن نفوذ تمليكه منجزا بخلاف تعلق حق الغير اللهم إلا أن يقال إن تعلق حق المجنی عليه لا يمنع من نفوذ تمليكه منجزا لأن للبائع سلطنة مطلقة عليه و كذا للمشتری و لذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذی الحق غاية الأمر أن له التسلط على إزالة ملكهما و رفعه بالإتلاف أو التمليك و هذا لا يقتضی وقوع العقد مراعی و عدم استقرار الملك. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من

تصرف الغیر و حق المجنی علیه غیر المانع فعلا غایة الأمر أنه مانع شأنا و کیف کان فقد حکی عن الشیخ فی الخلاف البطلان فإنه قال فیما حکی عنه إذا کان للرجل عبد جان فباعه مولاه بغیر إذن المجنی علیه فإن کانت جنایته توجب القصاص فلا یصح البیع و إن کانت جنایته توجب الأرش صح إذا التزم مولاه بالأرش ثم استدل بأنه إذا وجب علیه القود فلا یصح بیعه لأنه قد باع منه ما لا یملکه فإنه حق للمجنی علیه و أما إذا وجب علیه الأرش صح لأن رقبته سلیمة و الجنایة أرشها فقد التزمه السید فلا وجه یفسد البیع انتهی و قد حکی عن المختلف أنه حکی عنه فی کتاب الظهار التصریح بعدم بقاء ملک المولی علی الجانی عمدا حیث قال إذا کان عبد قد جنی جنایة فإنه لا یجزی عتقه عن الکفارة و إن کانت خطأ جاز ذلک و استدل بإجماع الفرقة فإنه لا خلاف بینهم أنه إذا کانت جنایته عمدا ینتقل ملکه إلی المجنی علیه و إن کانت خطأ فدیة ما جناه علی مولاه انتهی و ربما یستظهر ذلک من عبارة الإسکافی فی المحکی عنه فی الرهن و هی أن من شرط الرهن أن یکون رهن الراهن مثبتا لملکه إیاه غیر خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنایته عن ملکه انتهی و ربما یستظهر البطلان من عبارة الشرائع أیضا فی کتاب القصاص حیث قال إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صح و لم یسقط القود و لو قیل لا یصح لئلا یبطل حق الولی من الاسترقاق کان حسنا و کذا بیعه و هبته انتهی. لکن یحتمل قویا أن یکون مراده بالصحة وقوعه لازما غیر متزلزل کوقوع العتق لأنه الذی یبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعی بافتکاکه عن القتل و الاسترقاق و کیف کان فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد فی عدم الصحة إلی عدم الملک و هو ممنوع لأصالة بقاء ملکه و ظهور لفظ الاسترقاق فی بعض الأخبار فی بقاء الملک. نعم فی بعض الأخبار ما یدل علی الخلاف و یمکن أن یکون مراد الشیخ بالملک السلطنة علیه فإنه ینتقل إلی المجنی علیه و یکون عدم جواز بیعه من المولی مبنیا علی المنع عن بیع الفضولی المستلزم للمنع عن بیع کل ما یتعلق به حق للغیر تنافیه السلطنة المطلقة من المشتری علیه کما فی الرهن.

مسألة إذا جنی العبد خطأ صح بیعه علی المشهور

بل فی شرح الصیمری أنه لا خلاف فی جواز بیع الجانی إذا کانت الجنایة خطأ أو شبه عمد و یضمن المولی أقل الأمرین من قیمته و دیة الجنایة و لو امتنع کان للمجنی علیه أولویة انتزاعه فیبطل البیع و کذا لو کان المولی معسرا فللمشتری الفسخ مع الجهالة لتزلزل ملکه ما لم یفد به المولی انتهی. و ظاهره أنه أراد نفی الخلاف عن الجواز قبل التزام السید إلا أن المحکی عن السرائر و الخلاف أنه لا یجوز إلا إذا أفداه المولی أو التزم بالفداء إلا أنه إذا باع ضمن. و الأوفق بالقواعد أن یقال بجواز البیع لکونه ملکا للمولی و تعلق حق الغیر لا یمنع عن ذلک لأن کون المبیع مال الغیر لا یوجب بطلان البیع رأسا فضلا عن تعلق حق الغیر و لعل ما عن الخلاف و السرائر مبنی علی أصلهما من بطلان الفضولی و ما أشبهه من کل بیع یلزم من لزومه بطلان حق الغیر کما یومئ إلیه استدلال الحلی عن بطلان البیع قبل التزامه و ضمانه بأنه قد تعلق برقبة العبد الجانی فلا یجوز إبطاله و مرجع هذا المذهب إلی أنه لا واسطة بین لزوم البیع و بطلانه فإذا صح البیع أبطل حق الغیر. و قد تقدم غیر مرة أنه لا مانع من وقوع البیع مراعی بإجازة ذی الحق أو سقوط حقه فإذا باع المولی فیما نحن فیه قبل أداء الدیة أو أقل الأمرین علی الخلاف وقع مراعی فإن فداه المولی أو رضی المجنی علیه بضمانه فذاک و إلا انتزعه المجنی علیه من المشتری و علی هذا فلا یکون البیع موجبا لضمان البائع حق المجنی علیه. قال فی کتاب الرهن من القواعد و لا یجبر السید علی فداء الجانی و إن رهنه أو باعه بل یتسلط المجنی علیه فإن استوعبت الجنایة القیمة بطل الرهن و إلا ففی المقابل انتهی لکن ظاهر العلامة فی غیر هذا المقام و غیره هو أن البیع بنفسه التزام بالفداء و لعل وجهه أنه یجب علی المولی حیث تعلق بالعبد و هو مال من أمواله و فی یده حق یتخیر المولی فی نقله عنه إلی ذمته بأن یوفی حق المجنی علیه إما من العین أو من ذمته فیجب علیه إما تخلیص العبد من المشتری بفسخ أو غیره و إما أن یفدیه من ماله فإذا امتنع المشتری من رده و المفروض عدم سلطنة البائع علی أخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد وجب علیه دفع الفداء. و یرد علیه أن فداء العبد غیر لازم قبل البیع و بیعه لیس إتلافا له حتی یتعین علیه الفداء و وجوب الوفاء بالبیع لا یقتضی إلا رفع یده لا رفع ید الغیر بل هذا أولی بعدم وجوب الفک من الرهن الذی تقدم

فی آخر المسألة الخدشة فی وجوب الفک علی الراهن بعد بیعه لتعلق الدین هناک بالذمة و تعلق الحق هنا بالعین فتأمل. ثم إن المصرح به فی التذکرة و المحکی عن غیرها أن للمشتری فک العبد و حکم رجوعه إلی البائع حکم قضاء الدین عنه.
المکاسب، ج۲، ص ۱۸۵

مسألة الثالث من شروط العوضین القدرة علی التسلیم

اشارة

فإن الظاهر الإجماع علی اشتراطها فی الجملة کما فی جامع المقاصد و فی التذکرة أنه إجماع و فی المبسوط الإجماع علی عدم جواز بیع السمک فی الماء و لا الطیر فی الهواء و عن الغنیة أنه إنما اعتبرنا فی المعقود علیه أن یکون مقدورا علیه تحفظا مما لا یمکن فیه ذلک کالسمک فی الماء و الطیر فی الهواء فإن ما هذه حاله لا یجوز بیعه بلا خلاف و استدل فی التذکرة علی ذلک بأنه نهی النبی ص عن بیع الغرر و هذا غرر و النهی هنا یوجب الفساد إجماعا علی الظاهر المصرح به فی موضع من الإیضاح و اشتهار الخبر بین الخاصة و العامة یجبر إرساله أما کون ما نحن فیه غررا فهو الظاهر من کلمات کثیر من الفقهاء و أهل اللغة حیث مثلوا للغرر ببیع السمک فی الماء و الطیر فی الهواء مع أن معنی الغرر علی ما ذکره أکثر أهل اللغة صادق علیه. و المروی عن أمیر المؤمنین ع أنه عمل ما لا یؤمن معه الضرر.

[معنی الغرر لغة]

و فی الصحاح الغرة الغفلة و الغار الغافل و أغره أی أتاه علی غرة منه و اغتر بالشیء أی خدع به و الغرر الخطر. و نهی رسول الله ص عن بیع الغرر و هو مثل بیع السمک فی الماء و الطیر فی الهواء إلی أن قال و التغریر حمل النفس علی الغرر انتهی و عن القاموس ما ملخصه غره غرا و غرورا و غره بالکسر فهو مغرور و غریر کأمیر خدعه و أطمعه بالباطل إلی أن قال غرر نفسه تغریرا و تغره کتحله أی عرضها للهلکة و الاسم الغرر محرکه إلی أن قال و الغار الغافل و اغتر غفل و الاسم الغرة بالکسر انتهی و عن النهایة بعد تفسیر الغرة بالکسر بالغفلة أنه نهی عن بیع الغرر و هو ما کان له ظاهر یغر المشتری و باطن مجهول و قال الأزهری بیع الغرر ما کان علی غیر عهدة و لا ثقة و تدخل فیه البیوع التی لا یحیط بکنهها المتبایعان من کل مجهول و قد تکرر فی الحدیث و منه حدیث مطرف:
إن لی نفسا واحدة و إنی لأکره أن أغرر بها أی أحملها علی غیر ثقة و به سمی الشیطان غرورا لأنه یحمل الإنسان علی محابه و وراء ذلک ما یسوؤه انتهی. و قد حکی أیضا عن الأساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع تفسیر الغرر بالخطر ممثلا له فی الثلاثة الأخیرة ببیع السمک فی الماء و الطیر فی الهواء. و فی التذکرة أن أهل اللغة فسروا بیع الغرر بهذین و مراده من التفسیر التوضیح بالمثال و لیس فی المحکی عن النهایة منافاة لهذا التفسیر کما یظهر بالتأمل. و بالجملة فالکل متفقون علی أخذ الجهالة فی معنی الغرر سواء تعلق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله فی ید من انتقل إلیه أم بصفاته کما و کیفا و ربما یقال إن المنساق من الغرر المنهی عنه الخطر من حیث الجهل بصفات المبیع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسلیمه و عدمه ضرورة حصوله فی بیع کل غائب خصوصا إذا کان فی بحر و نحوه بل هو أوضح شیء فی بیع الثمار و الزرع و نحوهما. و الحاصل أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة فی بیع مجهول المال بالنسبة إلی التسلم و عدمه خصوصا بعد جبره بالخیار لو تعذر. و فیه أن الخطر من حیث حصول المبیع فی ید المشتری أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقیید کلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثیلهم بالمثالین المذکورین و احتمال إرادتهم ذکر المثالین لجهالة صفات المبیع لا الجهل بحصوله فی یده یدفعه ملاحظة اشتهار التمثیل بهما فی کلمات الفقهاء للعجز عن التسلیم لا لجهالة بالصفات

[استدلال الفریقین بالنبوی المذکور علی شرطیة القدرة]

هـذا مضافا إلی اسـتدلال الفریقین من العامـة و الخاصـة بالنبوی المذکور علی اعتبار القدرة علی التسـلیم کما یظهر من الانتصار حیث قال فیما حکی عنه. و مما انفردت به الإمامیة القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضمیمة و لا یشتری وحده إلا إذا کان بحیث یقدر علیه المشتری و خـالف بـاقی الفقهـاء فی ذلـک و ذهبوا إلی أنه لاـ یجوز بیع الآبق علی کل حال إلی أن قال و یعول مخالفونا فی منع بیعه علی أنه بیع غرر و أن نبینا ص نهی عن بیع الغرر إلی أن قال و هـذا لیس بصـحیح لأن هذا المبیع یخرجه من أن یکون غررا لانضـمام غیره إلیه انتهی. و هو صریح فی اسـتدلال جمیع العامـة بـالنبوی علی اشتراط القـدرة علی التسـلیم فالظـاهر اتفـاق أصـحابنا أیضا علی الاسـتدلال به کما یظهر للمتتبع و سـیجیء فی عبارة الشـهید التصـریح به و کیف کان فالـدعوی المـذکورة مما لا یساعـدها اللغة و لا العرف و لا کلمات أهل الشرع

[کلام الشهید فی تفسیر الغرر]

اشارة

و مـا أبعـد ما بینه و بین ما عن قواعـد الشـهید رحمه الله حیث قال الغرر لغـة ما کان له ظاهر محبوب و باطن مکروه قاله بعضـهم و منه قوله تعالی مَتاعُ الْغُرُورِ و شـرعا هو جهل الحصول [بالیـد و التصـرف. و أما المجهول المعلوم الحصول أو مجهول الصـفة فلیس غررا و بینهمـا عموم و خصوص من وجه لوجود الغرر بـدون الجهـل فی العبـد الآـبق إذا کان معلوم الصـفة من قبل أم بالوصف الآن و وجود الجهل بـدون الغرر فی المکیل و الموزون و المعدود إذا لم یعتبر و قد یتوغل فی الجهالة کحجر لا یدری أ ذهب أم فضة أم نحاس أم صخر و یوجدان فی العبد الآبق المجهول الصفة و یتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود کالعبد الآبق المجهول الوجود و أخری بالحصول کالعبـد الآبق المعلوم الوجود و الطیر فی الهواء و بالجنس کحب لا یـدری ما هو و سـلعة من سـلع مختلفـة و بالنوع کعبـد من عبیـد و بالقـدر ککیـل لاـ یعرف قـدره و البیع إلی مبلغ السـهم و بالعین کثوب من ثوبین مختلفین و بالبقاء کبیع الثمرة قبل بـدو الصـلاح عند بعض الأصحاب و لو شرط فی العقد أن یبدو الصلاح لا محالة کان غررا عند الکل کما لو شرط فی العقد صیرورة الزرع سنبلا.

و الغرر قـد یکون بماله مدخل ظاهرا فی العوضـین و هو ممتنع إجماعا و قد یکون مما یتسامح به عادة لقلته کأس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه إجماعـا و نحوه اشتراط الحمـل و قـد یکون مرددا بینهمـا و هو محل الخلاف کالجزاف فی مال الإجارة و المضاربـة و الثمرة قبـل بـدو الصـلاح و الآـبق قبل الضـمیمة انتهی. و فی بعض کلامه تأمل ککلامه الآخر فی شـرح الإرشاد حیث ذکره فی مسألة تعین الأثمان بالتعیین الشخصی عندنا فقال قالوا یعنی المخالفین من العامة تعیینها غرر فیکون منهیا عنه.

أما الصـغری فلجواز عدمها أو ظهورها مسـتحقة فینفسخ البیع. و أما الکبری فظاهره إلی أن قال قلنا إنا نمنع الصـغری لأن الغرر احتمال مجتنب عنه فی العرف بحیث لو ترکه وبخ علیه و ما ذکروه لا یخطر ببال فضلا عن اللوم علیه انتهی.

[المناقشة فیما أفاده الشهید فی شرح الإرشاد]

فـإن مقتضاه أنه لو اشتری الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قلیل لم یکن غررا لأن العقلاء یقـدمون علی الضـرر القلیل رجاء للنفع الکثیر و کذا لو اشتری المجهول المردد بین ذهب و نحاس بقیمة النحاس بناء علی المعروف من

المکاسب، ج۲، ص ۱۸۶

تحقق الغرر بالجهل بالصـفة و کذا شراء مجهول المقدار بثمن المتیقن منه فإن ذلک کله مرغوب فیه عند العقلاء بل یوبخون من عدل

عنه اعتـذارا بکونه خطرا فالأولی أن هذا النهی من الشارع لسد باب المخاطرة المفضیـة إلی التنازع فی المعاملات و لیس منوطا بالنهی من العقلاء لیخص مورده بالسـفهاء أو المتسـفهة ثم إنه قـد حکی عن الصـدوق رضوان الله علیه فی معـانی الأخبـار تعلیل فساد بعض المعاملات المتعارفة فی الجاهلیة کبیع المنابذة و الملامسة و بیع الحصاة بکونها غررا مع أنه لا جهالة فی بعضها کبیع المنابذة بناء علی ما فسر به من أنه قول أحـدهما لصاحبه انبـذ إلی الثوب أو أنبذه إلیک فقد وجب البیع. و بیع الحصاة بأن یقول إذا نبذت الحصاة فقد وجب البیع و لعله کان علی وجه خاص یکون فیه خطر و الله العالم.

[التمسک بالنبوی المذکور أخص من المدعی

و کیف کـان فلا إشـکال فی صـحة التمسـک لاعتبار القـدرة علی التسـلیم بالنبوی المـذکور إلا أنه أخص من المـدعی لأن ما یمتنع تسلیمه عادة کالغریق فی بحر یمتنع خروجه منه عادة و نحوه لیس فی بیعه خطر لأن الخطر إنما یطلق فی مقام تحتمل السلامة فیه و لو ضعیفا لکن هـذا الفرد یکفی فی الاسـتدلال علی بطلانه بلزوم السـفاهة و کون أکل الثمن فی مقابله أکلا للمال بالباطل بل لا یعد مالا عرفـا و إن کـان ملکـا فیصـح عتقه و یکون لمـالکه لو فرض التمکن منه إلا أنه لا ینافی سـلب صـفة التمول منه عرفا و لـذا یجب علی غاصبه رد تمام قیمته إلی المالک فیملکه مع بقاء العین علی ملکه علی ما هو ظاهر المشهور

ثم إنه ربما یستدل علی هذا الشرط بوجوه أخر.

منها ما اشتهر عن النبی ص من قوله: لا تبع ما لیس عندک

بناء علی أن کونه عنـده لا یراد به الحضور لجواز بیع الغائب و السـلف إجماعا فهو کنایة لا عن مجرد الملک لأن المناسب حینئذ ذکر لفظـة اللام و لا عن مجرد السـلطنة علیه و القـدرة علی تسـلیمه لمنافاته لتمسک العلماء من الخاصـة و العامـة علی عدم جواز بیع العین الشخصـیة المملوکة للغیر ثم شـرائها من مالکها خصوصا إذا کان وکیلا عنه فی بیعها و لو من نفسه فإن السـلطنة و القدرة علی التسلیم حاصـلة هـذا مع أنه مورد الروایـة عند الفقهاء فتعین أن یکون کنایة عن السـلطنة التامة الفعلیة التی تتوقف علی الملک مع کونه تحت الیـد حتی کـأنه عنـده و إن کـان نائبا و علی أی حال فلا بـد من إخراج بیع الفضولی عنه بأدلته أو بحمله علی النهی المقتضـی للفساد بمعنی عـدم وقوعه لبـائعه لو أراد ذلـک و کیف کـان فتوجیه الاسـتدلال بالخبر علی ما نحن فیه ممکن. و أما الإیراد علیه بـدعوی أن المراد به الإشـارة إلی ما هو المتعارف فی تلک الأزمنـة من بیع الشـیء غیر المملوک ثم تحصـیله بشـرائه و نحوه و دفعه إلی المشتری فمـدفوع لعـدم الشاهد علی اختصاصه بهذا المورد و لیس فی الأخبار المتضـمنة لنقل هذا الخبر ما یشـهد باختصاصه بهذا المورد. نعم یمکن أن یقال إن غایـة ما یـدل علیه هـذا النبوی بل النبوی الأول أیضا فساد البیع بمعنی عـدم کونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ینافی وقوعه مراعی بانتفاء صـفة الغرر و تحقق کونه عنـده و لو أبیت إلا عن ظهور النبویین فی الفساد بمعنی لغویة العقد رأسا المنافیة لوقوعه مراعی دار الأمر بین ارتکاب خلاف هذا الظاهر و بین إخراج بیع الرهن و بیع ما یملکه بعد البیع و بیع العبد الجانی عمدا و بیع المحجور لرق أو سـفه أو فلس فإن البائع فی هـذه الموارد عاجز شـرعا من التسـلیم و لا رجحان لهذه التخصـیصات فحینئذ لا مانع من التزام وقوع بیع کـل مـا یعجز عن تسـلیمه مع رجـاء التمکن منه مراعی بالتمکن منه فی زمان لا یفوت الانتفاع المعتـد به. و قـد صـرح الشـهید فی اللمعـة بجواز بیع الضالة و المجحود من غیر بینة مراعی بإمکان التسـلیم و احتمله فی التذکرة لکن الإنصاف أن الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم علی فساد بیع الغرر بمعنی عدم تأثیره رأسا کما عرفت من الإیضاح.

و منها أن لازم العقد وجوب تسلیم کل من المتبایعین العوضین إلی صاحبه

فيجب أن يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالممتنع و يضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة و إن أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. و قد يعترض بأصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط و فى الاعتراض و المعارضة نظر واضح فافهم.

و منها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه

و لا يتم إلا بالتسليم و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

و منها أن بذل الثمن على غير المقدور سفه

فيكون ممنوعا و أكله أكلا بالباطل. و فيه أن بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصوله العوض سفه فافهم.

[هل القدرة شرط أو العجز مانع

اشارة

ثم إن ظاهر معاقد الإجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا كما هو كذلك فى التكاليف و قد أكدت الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلك كله

[استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع و المناقشة فيه

فقد استظهر بعض من تلك العبارة أن العجز مانع لا أن القدرة شرط قال و تظهر الفائدة فى موضع الشك ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة و جعله دليلا على أن القدرة المتفق عليها ما إذا تحقق العجز. و فيه مع ما عرفت من أن صريح معاقد الإجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة أن العجز أمر عدمى لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا مع أن المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم ثم لو سلم صحة إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا فى صورة الشك الموضوعى أو الحكمى و لا فى غيرهما فإنا إذا شككنا فى تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها أو لا معه فالأصل عدمها أعنى العجز سواء جعلت القدرة شرطا أم العجز مانعا. و إذا شككنا فى أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز فى الجملة أو شككنا فى أن المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا. و الحاصل أن التردد بين شرطية الشيء و مانعية مقابله إنما يصح و يثمر فى الضدين مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم و

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۷

الجهل و أما اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة فليس لشك المالك فى القدرة و العجز و مبنيا على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها

[العبرة بالقدرة فى زمان الاستحقاق

ثم إن العبرة فی الشرط المذکور إنما هو فی زمان استحقاق التسلیم فلا ینفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسلیم کما لا یقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حین العقد و یتفرع علی ذلک عدم اعتبارها أصلا إذا کانت العین فی ید المشتری و فیما لا یعتبر التسلیم فیه رأسا کما إذا اشتری من ینعتق علیه فإنه ینعتق بمجرد الشراء و لا سبیل لأحد علیه و فیما إذا لم یستحق التسلیم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخیره مدة و إما لتزلزل العقد کما إذا اشتری فضولا فإنه لا یستحق التسلیم إلا بعد إجازة المالک فلا تعتبر القدرة علی التسلیم قبلها لکن یشکل علی الکشف من حیث إنه لازم من طرف الأصیل فیتحقق الغرر بالنسبة إلیه إذا انتقل إلیه ما لم یقدر علی تحصیله نعم هو حسن فی الفضولی من الطرفین و مثله بیع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فکه بل و کذا لو لم یقدر علی تسلیم ثمن السلم لأن تأثیر العقد قبل التسلیم فی المجلس موقوف علی تحققه فلا یلزم غرر و لو تعذر التسلیم بعد العقد رجع إلی تعذر الشرط. و من المعلوم أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غیر قادح بل لا یقدح العلم بتعذره فیما بعده فی تأثیر العقد إذا اتفق حصوله فإن الشروط المتأخرة لا یجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فیما بعد. و الحاصل أن تعذر التسلیم مانع فی بیع یکون التسلیم من أحکامه لا من شروط تأثیره و السر فیه أن التسلیم فیه جزء الناقل فلا یلزم غرر من تعلقه بغیر المقدور. و بعبارة أخری الاعتبار بالقدرة علی التسلیم بعد تمام النقل و لهذا لا یقدح کونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض أن المبیع بعد تحقق الجزء الأخیر من الناقل و هو القبض حاصل فی ید المشتری فالقبض مثل الإجازة بناء علی النقل و أولی منها بناء علی الکشف. و کذلک الکلام فی عقد الرهن فإن اشتراط القدرة علی التسلیم فیه بناء علی اشتراط القبض إنما هو من حیث اشتراط القبض فلا یجب إحرازه حین الرهن و لا العلم بتحققه بعده فلو رهن ما یتعذر تسلیمه ثم اتفق حصوله فی ید المرتهن أثر العقد أثره و سیجیء الکلام فی باب الرهن اللهم إلا أن یقال إن المنفی فی النبوی- هو کل معاملة یکون بحسب العرف غررا فالبیع المشروط فیه القبض کالصرف و السلم إذا وقع علی عوض مجهول قبل القبض أو غیر مقدور غرر عرفا لأن اشتراط القبض فی نقل العوضین شرعی لا عرفی فیصدق الغرر و الخطر عرفا و إن لم یتحقق شرعا إذ قبل التسلیم لا انتقال و بعده لا خطر لکن النهی و الفساد یتبعان بیع الغرر عرفا و من هنا یمکن الحکم بفساد بیع غیر المالک إذا باع لنفسه لا عن المالک ما لا یقدر علی تسلیمه اللهم إلا أن یمنع الغرر العرفی بعد الاطلاع علی کون أثر المعاملة شرعا علی وجه لا یلزم منه خطر فإن العرف إذا اطلعوا علی انعتاق القریب بمجرد شرائه لم یحکموا بالخطر أصلا و هکذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعیة للمعاملة فتأمل. ثم إن الخلاف فی أصل المسألة لم یظهر إلا من الفاضل القطیفی المعاصر للمحقق الثانی حیث حکی عنه أنه قال فی إیضاح النافع إن القدرة علی التسلیم من مصالح المشتری فقط لا أنها شرط فی أصل صحة البیع فلو قدر علی التسلم صح البیع و إن لم یکن البائع قادرا علیه بل لو رضی بالابتیاع مع علمه بعدم تمکن البائع من التسلیم جاز و ینتقل إلیه و لا یرجع علی البائع لعدم القدرة إذا کان البیع علی ذلک مع العلم فیصح بیع المغصوب و نحوه. نعم إذا لم یکن المبیع من شأنه أن یقبض عرفا لم تصح المعاوضة علیه بالبیع لأنه فی معنی أکل المال بالباطل و ربما احتمل إمکان المصالحة علیه و من هنا یعلم أن قوله یعنی المحقق فی النافع لو باع الآبق منفردا لم یصح إنما هو مع عدم رضا المشتری أو مع عدم علمه أو کونه بحیث لا یتمکن منه عرفا و لو أراد غیر ذلک فهو غیر مسلم انتهی. و فیه ما عرفت من الإجماع و لزوم الغرر غیر المندفع بعلم المشتری لأن الشارع نهی عن الإقدام علیه إلا أن یجعل الغرر هنا بمعنی الخدیعة فیبطل فی موضع تحققه و هو عند جهل المشتری و فیه ما فیه.

[القدرة علی التسلیم شرط بالتبع و المقصد الأصلی هو التسلم

ثم إن الظاهر کما اعترف به بعض الأساطین أن القدرة علی التسلیم لیست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع و إنما المقصد الأصلی هو التسلم و من هنا لو کان المشتری قادرا دون البائع کفی فی الصحة کما عن الإسکافی و العلامة و کاشف الرموز و الشهیدین و

المحقق الثانی و عن ظاهر الانتصار أن صحة بیع الآبق علی من یقدر علی تسلمه مما انفردت به الإمامیة و هو المتجه لأن ظاهر معاقد الإجماع بضمیمة التتبع فی کلماتهم و استدلالاتهم بالغرر و غیره مختص بغیر ذلک و منه یعلم أیضا أنه لو لم یقدر أحدهما علی التحصیل لکن یوثق بحصوله فی ید أحدهما عند استحقاق المشتری للتسلم کما لو اعتاد الطائر العود صح وفاقا للفاضلین و الشهیدین و المحقق الثانی و غیرهم. نعم عن نهایة الأحکام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة فی الحال علی التسلیم و أن عود الطائر غیر موثوق به إذ لیس له عقل باعث. و فیه أن العادة باعثة کالعقل مع أن الکلام علی تقدیر الوثوق و لو لم یقدر علی التحصیل و تعذر علیهما إلا بعد مدة مقدرة عادة و کانت مما لا یتسامح فیه کسنة أو أزید. ففی بطلان البیع لظاهر الإجماعات المحکیة و لثبوت الغرر أو صحته لأن ظاهر معاقد الإجماع التعذر رأسا و لذا حکم مدعیه بالصحة هنا. و الغرر منفی مع العلم بوجوب الصبر علیه إلی انقضاء مدة کما إذا اشترط تأخیر التسلیم مدة وجهان بل قولان تردد فیهما فی الشرائع ثم قوی الصحة و تبعه فی محکی السرائر و المسالک و الکفایة و غیرها. نعم للمشتری الخیار مع جهله بفوات منفعة الملک علیه مدة و لو کانت مدة التعذر غیر مضبوطة عادة کالعبد المنفذ إلی الهند لأجل حاجة لا یعلم زمان قضائها ففی الصحة إشکال- من حکمهم بعدم جواز بیع مسکن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة وقت تسلیم العین. و قد تقدم بعض الکلام فیه فی بیع الواقف الوقف المنقطع

[الشرط هی القدرة المعلومة للمتبایعین

ثم إن الشرط هی القدرة المعلومة للمتبائعین لأن الغرر لا یندفع بمجرد القدرة الواقعیة و لو باع ما یعتقد التمکن فتبین عجزه فی زمان البیع و تجددها بعد ذلک صح و لو لم تتجدد بطل و المعتبر هو الوثوق فلا یکفی مطلق

المکاسب، ج۲، ص ۱۸۸ الظن و لا یعتبر الیقین

[هل العبرة بقدرة الموکل أو الوکیل

ثم لا إشکال فی اعتبار قدرة العاقد إذا کان مالکا لا ما إذا کان وکیلا فی مجرد العقد فإنه لا عبرة بقدرته کما لا عبرة بعلمه و أما لو کان وکیلا فی البیع و لوازمه بحیث یعد الموکل أجنبیا عن هذه المعاملة فلا إشکال فی کفایة قدرته و هل تکفی قدرة الموکل الظاهر نعم مع علم المشتری بذلک إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم یشترط علمه بذلک. و ربما قید الحکم بالکفایة بما إذا رضی المشتری بتسلیم الموکل و رضی المالک برجوع المشتری علیه و فرع علی ذلک رجحان الحکم بالبطلان فی الفضولی لأن التسلیم المعتبر فی العاقد غیر ممکن قبل الإجازة و قدرة المالک إنما تؤثر لو بنی العقد علیها و حصل التراضی بها حال البیع لأن بیع المأذون لا تکفی فیه قدرة الآذن مطلقا بل مع الشرط المذکور و هو غیر متحقق فی الفضولی و البناء علی القدرة الواقعیة باطل إذ الشرط هی القدرة المعلومة دون الواقعیة إلی أن قال و الحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد و بعدها إن وجدت لم تنفع ثم قال لا یقال إنه قد یحصل الوثوق للفضولی بإرضاء المالک و إنه لا یخرج عن رأیه فیتحقق له بذلک القدرة علی التسلیم حال العقد لأن هذا الفرض یخرج الفضولی عن کونه فضولیا- لمصاحبة الإذن للبیع غایة الأمر حصوله بالفحوی و شاهد الحال و هما من أنواع الإذن و مع الإذن لا یکون فضولیا و لا تتوقف صحة بیعه علی الإجازة و لو سلمنا بقاءه علی الصفة فمعلوم أن القائلین بصحة الفضولی لا یقصرون الحکم علی هذا الفرض و فیما ذکره من مبنی مسألة الفضولی ثم فی تفریع الفضولی ثم فی الاعتراض الذی ذکره ثم فی الجواب عنه أولا و ثانیا تأمل بل نظر فتدبر.

مسألة لا یجوز بیع الآبق منفردا

علی المشهور بین علمائنا کما فی التذکرة بل إجماعا کما فی الخلاف و الغنیة و الریاض و بلا خلاف کما عن کشف الرموز لأنه مع

اليأس عن الظفر بمنزلة التالف و مع احتماله بيع غرر منفى إجماعا نصا و فتوى خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا و لعله الإسكافى حيث إن المحكى عنه أنه لا يجوز أن يشترى الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشترى أو يضمنه البائع انتهى و قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى إيضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم و قد عرفت ضعفه لكن يمكن أن يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق خصوصا مع تقييد الإسكافى بصورة ضمان البائع فإنه يندفع به الغرر عرفا لكن سيأتى ما فيه فالعمدة الانتفاع بعتقه و له وجه لو لا النص الآتى و الإجماعات المتقدمة مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجه عن الغرر و كما لا يجوز جعله مثمنا لا يجوز جعله منفردا ثمنا لاشتراكهما فى الأدلة. و قد تردد فى اللمعة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا و إن قرب أخيرا المنع منفردا و لعل وجه الاستناد فى المنع عن جعله مثمنا هو النص و الإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالثمن دون نفى الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق. و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المحجور مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق فى عدم القدرة على التسليم و نظير ذلك ما فى التذكرة حيث ادعى أولا الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا إلى أن قال و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة أيضا. ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل. و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه فتعتبر فيه القدرة على التسليم وجهان بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه إذا تعذرت أو تعسرت معرفته بل مطلقا و اختصاص الغرر المنفى بالبيع و من أن الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى أنهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبى ص أنه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبن على المسامحة من الصلح و ظاهر المسالك فى مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه. و أما الضال و المحجور و المغصوب و نحوها مما لا يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز وفاقا لجماعة للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم إلا أن يوهن بتردد مدعيه كالعلامة فى التذكرة فى صحة بيع الضال منفردا و بمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع و أما فوات منفعته مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه و جهالتها غير مضرة مع إمكان العلم بتلك المدة كضالة يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك و كذا فى المغصوب و المنهوب. و الحاصل أنه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله و فرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن لعدم تسليم المثمن فإنه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا و لكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفى فى حديث الغرر كما تقدم هو ما كان غررا فى نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم. و من المعلوم أن بيع الضال و شبهه ليس محكوما عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشترى على شرائه بكون تلفه منه فالانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غررا. و مما ذكر يظهر أنه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم فإن تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به و إلا تخير بين الفسخ و الإمضاء كما استقر به فى اللمعة فإن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسليم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع

المبطل له لكن قد مرت المناقشة فى ذلك بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للمبيع من ضمانه قبل العلم و من عدم التسلط على مطالبة الثمن فافهم. و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار فى متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع فى يده إلى ثلاثة أيام

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۹

أمکن جوازه لعدم الغرر حینئذ عرفا و لذا لا یعد بیع العین غیر المرئیهٔ الموصوفهٔ بالصفات المعینهٔ من بیع الغرر لأن ذکر الوصف بمنزلهٔ اشتراط فیه الموجب للتسلط علی الرد و لعله لهذا اختار فی محکی المختلف تبعا للإسکافی جواز بیع الآبق إذا ضمنه البائع فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه. و عن حاشیهٔ الشهید ظهور المیل إلیه و إن کان قد یرد علی هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل.

مسألهٔ یجوز بیع الآبق مع الضمیمهٔ فی الجملهٔ

کما عن الانتصار و کشف الرموز و التنقیح بل بلا خلاف کما عن الخلاف حاکیا فیه کما عن الانتصار إطباق العامهٔ علی خلافه. و ظاهر الانتصار خروج البیع بالضمیمهٔ عن کونه غررا حیث حکی احتجاج العامهٔ بالغرر فأنکره علیهم مع الضمیمهٔ و فیه إشکال. و الأولی لنا التمسک قبل الإجماعات المحکیهٔ المعتضدهٔ بمخالفهٔ من جعل الرشد فی مخالفته بصحیحهٔ رفاعهٔ النخاس قال: قلت لأبی الحسن ع أ یصلح لی أن أشتری من القوم الجاریهٔ الآبقهٔ و أعطیهم الثمن و أطلبها أنا قال لا یصلح شراؤها إلا أن تشتری منهم معها شیئا ثوبا أو متاعا فنقول لهم أشتری منکم جاریتکم فلانهٔ و هذا المتاع بکذا و کذا درهما فإن ذلک جائز و موثقهٔ سماعهٔ عن أبی عبد الله ع: فی الرجل قد یشتری العبد و هو آبق عن أهله فقال لا یصلح إلا أن یشتری معه شیئا آخر فیقول أشتری منک هذا الشیء و عبدک بکذا و کذا فإن لم یقدر علی العبد کان الذی نقده فیما اشتری منه. و ظاهر السؤال فی الأولی و الجواب فی الثانیهٔ الاختصاص بصورهٔ رجاء الوجدان و هو الظاهر أیضا من معاقد الإجماعات المنقولهٔ فالمأیوس عادهٔ من الظفر به الملحق بالتألف لا یجوز جعله جزء من المبیع لأن بذل جزء من الثمن فی مقابله لو لم یکن سفها أو أکلا للمال بالباطن لجاز جعله مثمنا یباع به مستقلا فالمانع عن استقلاله بالبیع مانع عن جعله جزء مبیع للنهی عن الغرر السلیم عن المخصص نعم یصح تملکه علی وجه التبعیهٔ للمبیع باشتراط و نحوه و أیضا الظاهر اعتبار کون الضمیمهٔ مما یصح بیعها و أما صحهٔ بیعها منفردهٔ فلا تظهر من الروایهٔ [فلو أضاف إلی الضمیمهٔ ما لا یتعذر تسلیمه کفی و لا یکفی ضم المنفعهٔ إلا إذا فهمنا من قوله ع فإن لم یقدر إلی آخر الروایهٔ تعلیل الحکم بوجود ما یمکن مقابلته للثمن فیکون ذکر اشتراط الضمیمهٔ معه من باب المثال أو کنایهٔ عن نقل مال أو حق إلیه مع الآبق لئلا یخلو الثمن عن المقابل فتأمل. ثم إنه لا إشکال فی انتقال الآبق إلی المشتری إلا أنه لو بقی علی إباقه و صار فی حکم التالف لم یرجع علی البائع بشیء و إن اقتضت قاعدهٔ التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن فلیس معنی الروایهٔ أنه لو لم یقدر علی الآبق وقعت المعاوضهٔ علی الضمیمهٔ و الثمن لتکون المعاوضهٔ علی المجموع مراعاهٔ لحصول الآبق فی یده کما یوهمه ظاهر المحکی عن کاشف الرموز من أن الآبق ما دام آبقا لیس مبیعا فی الحقیقهٔ و لا جزء مبیع مع أنه ذکر بعد ذلک ما یدل علی إرادهٔ ما ذکرناه بل معناها أنه لا یرجع المشتری بتعذر الآبق الذی هو فی حکم التلف الموجب للرجوع بما یقابله التالف بما یقابله من الثمن و لو تلف قبل الیأس ففی ذهابه علی المشتری إشکال و لو تلفت الضمیمهٔ قبل القبض فإن کان بعد حصول الآبق فی الید فالظاهر الرجوع بما قابلته الضمیمهٔ لا مجموع الثمن لأن الآبق لا یوزع علیه الثمن ما دام آبقا و لا بعد الحصول فی الید و کذا لو کان بعد إتلاف المشتری له مع العجز عن التسلیم کما لو أرسل إلیه طعاما مسموما لأنه بمنزلهٔ القبض و إن کان قبله ففی انفساخ البیع فی الآبق تبعا للضمیمهٔ أو بقائه بما قابله من الثمن وجهان من أن العقد علی الضمیمهٔ إذا صار کأن لم یکن تبعه العقد علی الآبق لأنه کان سببا فی صحته و من أنه کان تابعا له فی الحدوث فیما إذا تحقق تملک المشتری له فاللازم من جعل الضمیمهٔ کأن لم یعقد علیها رأسا هو انحلال المقابلهٔ الحاصلهٔ بینه و بین ما یخصه من الثمن لا الحکم الآخر الذی کان یتبعه فی الابتداء لکن ظاهر النص أنه لا یقابل الآبق بجزء من الثمن أصلا و لا یوضع له شیء منه أبدا علی تقدیر عدم الظفر به و من هنا ظهر حکم ما لو فرض فسخ العقد من جههٔ الضمیمهٔ فقط لاشتراط خیار یخص بها. نعم لو عقد علی الضمیمهٔ فضولا و لم یجز مالکها انفسخ العقد بالنسبهٔ إلی المجموع ثم لو وجد المشتری فی الآبق عیبا سابقا إما بعد القدرهٔ علیه أو قبلها کان له الرجوع بأرشه کذا قیل.

مسألة المعروف أنه یشترط العلم بالثمن قدرا

فلو باع بحکم أحدهما بطل إجماعا کما عن المختلف و التذکرة و اتفاقا کما عن الروضة و حاشیة الفقیه للسلطان. و السرائر فی مسألة البیع بحکم المشتری إبطاله بأن کل مبیع لم یذکر فیه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بین المسلمین. و الأصل فی ذلک حدیث نفی الغرر المشهور بین المسلمین.

و یؤیده التعلیل فی روایة حماد بن میسرة عن جعفر عن أبیه ع: أنه یکره أن یشتری الثوب بدینار غیر درهم لأنه لا یدری کم الدینار من الدرهم. لکن فی صحیحة رفاعة النخاس ما ظاهره المنافاة قال: سألت أبا عبد الله ع فقلت ساومت رجلا بجاریة له فباعنیها بحکمی فقبضتها منه علی ذلک ثم بعثت إلیه بألف درهم فقلت له هذه الألف درهم حکمی علیک فأبی أن یقبلها منی و قد کنت مسستها قبل أن أبعث إلیه بألف درهم قال فقال أری أن تقوم الجاریة بقیمة عادلة فإن کان ثمنها أکثر مما بعثت إلیه کان علیک أن ترد إلیه ما نقص من القیمة و إن کانت قیمتها أقل مما بعثت إلیه فهو له قال فقلت أ رأیت إن أصبت بها عیبا بعد ما مسستها قال لیس لک أن تردها و لک أن تأخذ قیمة ما بین الصحة و العیب. لکن التأویل فیها متعین لمنافاة ظاهرها لصحة البیع و فساده فلا یتوهم جواز التمسک بها لصحة هذا البیع إذ لو کان صحیحا لم یکن معنی لوجوب قیمة مثلها بعد تحقق البیع بثمن خاص. نعم هی محتاجة إلی أزید من هذا التأویل بناء علی القول بالفساد بأن یراد من قوله باعنیها بحکمی قطع المساومة علی أن أقومها علی نفسی بقیمتها العادلة فی نظری حیث إن رفاعة کان نخاسا یبیع و یشتری الرقیق فقومها رفاعة علی نفسه بألف درهم أما معاطاة و إما مع إنشاء الإیجاب وکالة و القبول أصالة فلما مسها و بعث الدراهم لم یقبلها المالک لظهور غبن له فی المبیع و أن رفاعة مخطئ فی القیمة أو لثبوت خیار الحیوان للبائع علی القول به. و قوله ع إن کانت قیمتها أکثر فعلیک أن ترد ما نقص

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۰

إما أن یراد به لزوم ذلک علیه من باب إرضاء المالک إذا أراد إمساک الجاریة حیث إن المالک لا حاجة له فی الجاریة فیسقط خیاره ببذل التفاوت و إما أن یحمل علی حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد فتعین علیه قیمتها إذا فسخ البائع و قد یحمل علی صورة تلف الجاریة و ینافیه قوله ع فیما بعد فلیس علیک أن تردها إلی آخر الروایة. و کیف کان فالحکم بصحة البیع بحکم المشتری و انصراف الثمن إلی القیمة السوقیة لهذه الروایة کما حکی عن ظاهر الحدائق فضعیف. و أضعف منه ما عن الإسکافی من تجویز قول البائع بعتک بسعر ما بعت و یکون للمشتری الخیار و یرده أن البیع فی نفسه إذا کان غررا فهو باطل فلا یجبره الخیار و أما بیع خیار الرؤیة فذکر الأوصاف فیه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر کما تقدم عند حکایة قول الإسکافی فی مسألة القدرة علی التسلیم.

مسألة العلم بقدر المثمن کالثمن

اشارة

شرط بإجماع علمائنا کما عن التذکرة. و عن الغنیة العقد علی المجهول باطل بلا خلاف و عن الخلاف ما یباع کیلا فلا یصح بیعه جزافا و إن شوهد إجماعا و فی السرائر ما یباع وزنا فلا یباع کیلا بلا خلاف و الأصل فی ذلک ما تقدم من النبوی المشهور

و فی خصوص الکیل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة

منها صحیحة الحلبی

اشارة

عن أبى عبـد الله ع: فى رجل اشترى من رجل طعاما عـدلا بكيل معلوم ثم إن صاحبه قال للمشترى ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعته قال لا يصلـح إلا أن يكيل و قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفهٔ هذا مما يكره من بيع الطعام. و فى روايهٔ الفقيه فلا يصح بيعه مجازفهٔ.

[الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه]

و الإيراد على دلالـهٔ الصـحيحهٔ بالإجمـال أو باشـتمالها على خلاف المشـهور من عـدم تصـديق البائع غير وجيه لأن الظاهر من قوله ع سميت فيه كيلا أنه يذكر فيه الكيل فهى كنايهٔ عن كونه مكيلا فى العادهٔ اللهم إلا أن يقال إن وصف الطعام كذلك الظاهر فى التنويع مع أنه ليس من الطعـام مـا لاـ يكال و لا يوزن إلا فى مثل الزرع قائما يبعـد إرادهٔ هـذا المعنى فتأمل. و أما الحكم بعـدم تصـديق البائع فمحمول على شـرائه سواء زاد أم نقص خصوصا إذا لم يطمأن بتصديقه لا شـراؤه على أنه القدر المعين الذى أخبر به البائع فإن هذا لا يصـدق عليه الجزاف. قال فى التـذكرهٔ لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بـذلك الكيل صـح عندنا و قال فى التحرير لو أعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد أم نقص لم يجز. و أما نسبـهٔ الكراهـهٔ إلى هـذا البيع فليس فيه ظهور فى المعنى المصـطلح يعارض ظهور لا يصـلح و لا يصح فى الفساد.

[روايهٔ سماعهٔ]

و فى الصـحيح عن ابن محبوب عن زرعه عن سـماعهٔ قال: سألته عن شـراء الطعام و ما يكال أو يوزن هل يصـلح شـراؤه بغير كيل و لا وزن فقال إما أن تأتى رجلا فى طعام قـد اكتيل أو وزن تشترى منه مرابحهٔ فلا بأس إن أنت اشتريته منه و لم تكله أو لم تزنه إذا أخذه [كان المشترى الأول [قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك فيه كذا و كذا [و قد رضيت بكيلك و وزنك و دلالتها أوضح من الأولى.

[روايهٔ أبان]

و روايـهٔ أبان عن محمـد بن حمران قال: قلت لأبى عبد الله ع اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكيله فقال لا بأس فقلت أ يجوز أن أبيعه كمـا اشتريته بغير كيـل فقـال لاـ أمـا أنت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عـدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فصدقه.

[روايهٔ أبى العطارد]

و فحوى روايهٔ أبى العطارد و فيها قلت: فأخرج الكر و الكرين فيقول الرجل أعطيته بكيلك فقال إذا ائتمنك فلا بأس

[و مرسلهٔ ابن بكير]

و مرسـلهٔ ابن بكير عن رجل: سأل أبا عبـد الله ع عن الرجل يشترى الجص فيكيل بعضه و يأخـذ البقيـهٔ بغير كيل فقال إما أن يأخذ كله بتصديقه و إما أن يكيله كله فإن المنع من التبعيض المستفاد منه إرشادى محمول على أنه إن صدقه فلا حاجهٔ إلى كلفهٔ كيل البعض و

إلا فلا يجزى كيل البعض و تحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء

و كيف كان ففى مجموع ما ذكر من الأخبار و ما لم يذكر مما فيه إيماء إلى المطلب من حيث ظهوره فى كون الحكم مفروغا عنه عند السائل. و تقرير الإمام كما فى رواية كيل ما لا يستطاع عده و غيرها مع ما ذكر من الشهرة المحققة و الاتفاقات المنقولة كفاية فى المسألة

[هل الحكم منوط بالغرر الشخصى أم لا]

ثم إن ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى و إن كانت حكمته سد باب المسامحة المقتضية إلى الوقوع فى الغرر كما أن حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط فى بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند إهمال ذلك الشرط فحينئذ يعتبر التقدير بالكيل أو الوزن و إن لم يكن فى شخص المقام غرر كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله فى الميزان من جنسه أو غيره المتساوى له فى القيمة فإنه لا يتصور هنا غرر أصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين لأنه مساو للآخر فى المقدار أو يحتمل غير بعيد حمل الإطلاقات و لا سيما الأخبار على المورد الغالب و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير. فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى كما فى الفرض المزبور و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع و كما إذا كان المبيع قليلا- لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا و أراد به دهنا لحاجة فإن الميزان لم يوضع لمثله فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين. و لا منافاة بين كون الشيء من جنس المكيل و الموزون و بين عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة أو لكثرة كزبرة الحديد كما نبه عليه فى القواعد و شرحها و حاشيتها. و مما ذكرنا يتضح عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة فإنها و إن كانت من الموزون و لذا صرح فى التذكرة بوقوع الربا فيها إلا أنها عند وقوعها ثمنا حكمها كالمعدود فى أن معرفة مقدار ماليتها لا- تتوقف على وزنها فهى كالقليل و الكثير من الموزون الذى لا يدخله الوزن و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد فى هذا الزمان و كذا الدرهم و الدينار الخالصان فإنهما و إن كانا من الموزون و يدخل فيهما الربا إجماعا إلا أن ذلك لا ينافى جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلك أصلا و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة أغلبهم بوزنها. نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانهما عن وزنهما المقرر فى وضعهما من حيث تفاوت قيمتهما بذلك فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب و من هنا لا يجوز إعطاء الناقص منهما لكونه غشا و خيانة و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها حيث إن نقصان الوزن لا- يؤثر فى قيمتها فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه. و إلى ما ذكرنا من الفرق

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۱

أشير فى صحيحة عبد الرحمن قال: قلت لأبى عبد الله ع أشترى الشيء بالدراهم فأعطى الناقص الحبة و الحبتين قال لا حتى تبينه ثم قال إلا أن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية التى تكون عندنا عددا. و بالجملة فإناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصى قريب فى الغاية إلا أن الظاهر كونه مخالفا لكلمات الأصحاب فى موارد كثيرة

[وجوب معرفة العدد فى المعدود و الدليل عليه]

ثم إن الحكم فى المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلا خلاف ظاهر و يشير إليه بل يدل عليه تقرير الإمام ع فى الرواية الآتية المتضمنة لتجويز الكيل فى المعدود المتعذر عده. و يظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلى المناقشة فى ذلك بل الميل إلى منعه و جواز بيع المعدود مشاهدة و ترده رواية الجواز الآتية. و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها بإعدادها كالجوز و البيض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب. و عد العلامة البطيخ و الباذنجان فى المعدودات حيث قال فى شروط السلم من القواعد

و لا یکفی فی السلم و صحته العد فی المعدودات بل لا بد من الوزن فی البطیخ و الباذنجان و الرمان و إنما اکتفی بعدها فی البیع للمعاینة انتهی و قد صرح فی التذکرة بعدم الربا فی البطیخ و الرمان إذا کانا رطبین لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف بل یظهر منه کون القثّاء و الخوخ و المشمش أیضا غیر موزونة و کل ذلک محل تأمل لحصول الغرر أحیانا بعدم الوزن فالظاهر أن تقدیر المال عرفا فی المذکورات بالوزن لا بالعدد کما فی الجوز و البیض.

مسألة [فی التقدیر بغیر ما یتعارف التقدیر به

اشارة

لو قلنا بأن المناط فی اعتبار تقدیر المبیع- فی المکیل و الموزون و المعدود بما یتعارف التقدیر به هو عدم حصول الغرر الشخصی فلا إشکال فی جواز تقدیر کل منها بغیر ما یتعارف تقدیره به إذا انتفی الغرر بذلک- بل فی کفایة المشاهدة فیها من غیر تقدیر أصلا لکن تقدم أن ظاهر الأخبار الواردة فی هذا الباب اعتبار التقدیر من غیر ملاحظة الغرر الشخصی لحکمة سد باب الغرر المؤدی إلی التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصیات فی أکثر المعاملات زیادة علی التراضی الفعلی حال المعاملة و حینئذ فیقع الکلام و الإشکال فی تقدیر بعض المعاملات بغیر ما تعارف فیه

[هل یجوز بیع المکیل وزنا و بالعکس

اشارة

فنقول اختلفوا فی جواز بیع المکیل وزنا و بالعکس و عدمه علی أقوال ثالثها جواز الکیل وزنا دون العکس لأن الوزن أصل الکیل و أضبط و إنما عدل إلیه فی المکیلات تسهیلا. فالمحکی عن الدروس فی السلم جوازه مطلقا حیث قال و لو أسلم فی المکیل وزنا و بالعکس فالوجه الصحة لروایة وهب عن الإمام الصادق ع و کأنه أشار بها إلی روایة وهب عن جعفر عن أبیه عن علی ص قال: لا بأس بسلف ما یوزن فیما یکال و ما یکال فیما یوزن. و لا یخفی قصور الروایة سندا بوهب و دلالة بأن الظاهر منها جواز إسلاف الموزون فی المکیل و بالعکس لا جواز تقدیر المسلم فیه المکیل بالوزن و بالعکس. و یعضده ذکر الشیخ الروایة فی باب إسلاف الزیت فی السمن

[الکلام فی مقامین

اشارة

فالذی ینبغی أن یقال إن الکلام تارة فی کفایة کل من التقدیرین فی المقدر بالآخر من حیث جعله دلیلا علی التقدیر المعتبر فیه بأن یستکشف من الکیل وزن الموزون و بالعکس و تارة فی کفایته فیه أصلا من غیر ملاحظة تقدیره بالمتعارف.

أما الأول [التقدیر بغیر ما تعارف تقدیره به من حیث جعله طریقا إلی ما تعارف فیه

فقد یکون التفاوت المحتمل مما یتسامح به عادة و قد یکون مما لا یتسامح فیه و أما الأول فالظاهر جوازه خصوصا مع تعسر تقدیره

بما یتعارف فیه لأن ذلک غیر خارج فی الحقیقة عن تقدیره مما یتعارف فیه غایة ما فی الباب أن یجعل التقدیر الآخر طریقا إلیه و تؤیده روایة عبد الملک بن عمرو قال: قلت لأبی عبد الله ع أشتری مائة راویة من زیت فاعترض راویة أو اثنتین فأتزنهما ثم آخذ سائره علی قدر ذلک قال لا بأس و استدل بها فی التذکرة علی جواز بیع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقی إلیه و أردفه بقوله و لأنه یحصل المطلوب و هو العلم. و استدلاله الثانی یدل علی عدم اختصاص الحکم بصورة التعذر و التقیید بالتعذر لعله استنبطه من الغالب فی مورد السؤال و هو تعذر وزن مائة راویة من الزیت و لا یخفی أن هذه العلة لو سلمت علی وجه یقدح فی عموم ترک الاستفصال إنما یجب الاقتصار علی موردها لو کان الحکم مخالفا لعمومات وجوب التقدیر و قد عرفت أن هذا فی الحقیقة تقدیر و لیس بجزاف نعم ربما ینافی ذلک التقریر المستفاد من الصحیحة الآتیة فی بیع الجوز کما سیجیء و أما لو کان التفاوت مما لا یتسامح فیه فالظاهر أیضا الجواز مع البناء علی ذلک المقدر المستکشف من التقدیر إذا کان ذلک التقریر أمارة علی ذلک المقدار لأن ذلک أیضا خارج عن الجزاف فیکون نظیر إخبار البائع بالکیل و یتخیر المشتری لو نقص.

و ما تقدم من صحیحة الحلبی فی أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلین بکیل أحدهما قد عرفت توجیهه هناک هذا کله مع جعل التقدیر غیر المتعارف أمارة علی المتعارف.

[الثانی التقدیر بغیر ما تعارف تقدیره به مستقلا]

و أما کفایة أحد التقدیرین عن الآخر أصالة من غیر ملاحظة التقدیر المتعارف فالظاهر جواز بیع الکیل وزنا علی المشهور کما عن الریاض لأن ذلک لیس من بیع المکیل مجازفة المنهی عنه فی الأخبار و معقد الإجماعات لأن الوزن أضبط من الکیل و مقدار مالیة المکیلات معلوم به أصالة من دون إرجاع إلی الکیل.

و المحکی المؤید بالتتبع أن الوزن أصل الکیل و أن العدول إلی الکیل من باب الرخصة و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الکیل فی الموزونات و یشهد لأصالة الوزن أن المکاییل المتعارفة فی الأماکن المتفرقة علی اختلافها فی المقدار لیس لها مأخذ إلا الوزن إذ لیس هنا کیل واحد تقاس المکاییل علیه. و أما کفایة الکیل فی الموزون من دون ملاحظة کشفه عن الوزن ففیه إشکال بل لا یبعد عدم الجواز. و قد عرفت عن السرائر أن ما یباع وزنا لا یباع کیلا بلا خلاف فإن هذه مجازفة صرفه إذ لیس الکیل فیما لم یتعارف فیه وعاء منضبط فهو بعینه ما منعوه من التقدیر بقصعة حاضرة أو ملء الید فإن الکیل من حیث هو لا یوجب فی الموزونات معرفة زائدة علی ما یحصل بالمشاهدة. فالقول بالجواز فیما نحن فیه مرجعه إلی کفایة المشاهدة ثم إنه قد أعلم مما ذکرنا أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبایعین دون الآخر کالحقة و الرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذی لا یعرفه غیرهم خصوصا الأعاجم فهی غیر جائزة لأن مجرد ذکر أحد هذه العنوانات علیه و جعله فی المیزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم فی مقابله لا یوجب للجاهل معرفة زائدة علی ما یحصل بالمشاهدة هذا کله فی المکیل و الموزون.

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۲

و أما المعدود فإن کان الکیل أو الوزن طریقا إلیه فالکلام فیه کما عرفت فی أخویه و ربما ینافیه التقریر المستفاد من صحیحة الحلبی عن أبی عبد الله ع: أنه سئل عن الجوز لا نستطیع أن نعده فیکال بمکیال ثم یعد ما فیه ثم یکال ما بقی علی حساب ذلک العدد قال لا بأس به. فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلک فی غیر حال الضرورة- و لم یردعه الإمام ع بالتنبیه علی أن ذلک غیر مختص بصورة الاضطرار لکن التقریر غیر واضح فلا- تنهض الروایة لتخصیص العمومات و لذا قوی فی الروضة الجواز مطلقا. و أما کفایة الکیل فیه أصالة فهو مشکل لأنه لا یخرج عن المجازفة و الکیل لا یزید علی المشاهدة. و أما الموزون فالظاهر کفایته بل ظاهر قولهم فی السلم أنه لا یکفی العد فی المعدودات و إن جاز بیعها معجلا بالعد بل لا بد من الوزن أنه لا خلاف فی أنه أضبط و أنه یغنی عن العد. فقولهم فی شروط العوضین إنه لا بد من العد فی المعدودات محمول علی أقل مراتب التقدیر لکنه ربما ینافی ذلک تعقیب

بعضهم ذلک بقولهم و یکفی الوزن عن العد فإنه یوهم کونه الأصل فی الضبط إلا أن یریدوا هنا الأصالة و الفرعیة بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقیقة فافهم.

بقی الکلام فی تعیین المناط فی کون الشیء مکیلا أو موزونا

فقد قیل إن الموجود فی کلام الأصحاب اعتبار الکیل و الوزن فیما بیع بهما فی زمن الشارع و حکم الباقی فی البلدان ما هو المتعارف فیهما فما کان مکیلا أو موزونا فی بلد یباع کذا و إلا فلا. و عن ظاهر مجمع البرهان و صریح الحدائق نسبته إلی الأصحاب و ربما منع ذلک بعض المعاصرین قائلا إن دعوی الإجماع علی کون المدار هنا علی زمانه ص علی وجه المذکور غریبة فإنی لم أجد ذلک فی کلام أحد من الأساطین فضلا عن أن یکون إجماعا. نعم قد ذکروا ذلک بالنسبة إلی حکم الربا لا أنه کذلک بالنظر إلی الجهالة و الغرر الذی من المعلوم عدم المدخلیة لزمانه ص فی رفع شیء من ذلک و إثباته انتهی. أقول ما ذکره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلک هنا یعنی فی شروط العوضین و إنما ذکروه فی باب الربا حق إلا أن المدار وجودا و عدما فی الربا علی اشتراط الکیل و الوزن فی صحة بیع جنس ذلک الشیء و أکثر الفقهاء لم یذکروا تحدید هذا الشرط و المعیار فیه هنا یعنی فی شروط العوضین إلا أن الأکثر ذکروا فی باب الربا ما هو المعیار هنا و فی ذلک الباب. و أما اختصاص هذا المعیار بمسألة الربا و عدم جریانه فی شروط العوضین کما ذکره فهو خلاف الواقع. أما أولا فلشهادة تتبع کلمات الأصحاب بخلافه. قال فی المبسوط فی باب الربا إذا کانت عادة الحجاز علی عهده ص فی شیء الکیل لم یجز إلا کیلا فی سائر البلاد و ما کانت فیه وزنا لم یجز إلا وزنا فی سائر البلاد و المکیال مکیال أهل المدینة و المیزان میزان أهل مکة هذا کله لا خلاف فیه فإن کان مما لا تعرف عادته فی عهده ص حمل علی عادة البلد الذی فیه ذلک الشیء فإذا ثبت ذلک فما عرف بالکیل لا یباع إلا بالکیل و ما عرف فیه الوزن لا یباع إلا وزنا انتهی. و لا یخفی عموم ما ذکره من التحدید لمطلق البیع لا لخصوص مبایعة المتماثلین و نحوه کلام العلامة فی التذکرة. و أما ثانیا فلأن ما یقطع به بعد التتبع فی کلماتهم هنا و فی باب الربا أن الموضوع فی کلتا المسألتین شیء واحد أعنی المکیل و الموزون قد حمل علیه حکمان أحدهما عدم صحة بیعه جزافا و الآخر عدم صحة بیع بعضه ببعض متفاضلا و یزیده وضوحا ملاحظة أخبار المسألتین المعنونة بما یکال أو یوزن فإذا ذکروا ضابطة لتحدید الموضوع فهی مرعیة فی کلتا المسألتین. و أما ثالثا فلأنه یظهر من جماعة تصریحا أو ظهورا أن من شرط الربا کون الکیل و الوزن شرطا فی صحة بیعه. قال المحقق فی الشرائع بعد ذکر اشتراط اعتبار الکیل و الوزن فی الربا تفریعا علی ذلک إنه لا رباء فی الماء إذ لا یشترط فی بیعه الکیل أو الوزن و قال فی الدروس و لا یجری الربا فی الماء لعدم اشتراطهما فی صحة بیعه نقدا ثم قال و کذا الحجارة و التراب و الحطب و لا عبرة ببیع الحطب وزنا فی بعض البلدان لأن الوزن غیر شرط فی صحته انتهی. و هذا المضمون سهل الإصابة لمن لاحظ کلماتهم فلاحظ المسالک هنا و شرح القواعد و حاشیتهما للمحقق الثانی و الشهید عند قول العلامة و المراد بالمکیل و الموزون هنا جنسه و إن لم یدخلاه لقلته کالحبة و الحبتین من الحنطة أو لکثرته کالکزبرة و لازم ذلک یعنی اشتراط دخول الربا فی جنس باشتراط الکیل و الوزن فی صحة بیعه أنه إذا ثبت الربا فی زماننا فی جنس لثبوت کونه مکیلا أو موزونا علی عهد رسول الله ص لزم أن لا یجوز بیعه جزافا و إلا لم یصدق ما ذکروه من اشتراط الربا باشتراط التقدیر فی صحة بیعه. و بالجملة فتلازم الحکمین أعنی دخول الربا فی جنس و اشتراط بیعه بالکیل أو الوزن مما لا یخفی علی المتتبع فی کتب الأصحاب و حینئذ فنقول کل ما ثبت کونه مکیلا أو موزونا فی عصره ص فهو ربوی فی زماننا و لا یجوز بیعه جزافا فلو فرض تعارف بیعه جزافا عندنا کان باطلا و إن لم یلزم غرر للإجماع و لما عرفت من أن اعتبار الکیل و الوزن لحکمة سد باب نوع الغرر لا شخصه فهو حکم لحکمة غیر مطردة نظیر النهی عن بیع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع و اعتبار الانضباط فی المسلم فیه لأن فی ترکه مظنة التنازع و التغابن و نحو ذلک. و الظاهر کما عرفت من غیر واحد أن المسألة اتفاقیة. و أما ما علم أنه کان یباع جزافا فی زمانه ص
فالظاهر جواز بیعه کذلک عندنا مع عدم الغرر قطعا و الظاهر أنه إجماعی کما یشهد به دعوی بعضهم الإجماع علی أن مثل هذا لیس

بربوی و الشهرة محققة علی ذلک. نعم ینافی ذلک بعض ما تقدم من إطلاق النهی عن بیع المکیل و الموزون جزافا الظاهر فیما تعارف کیله فی زمان الإمام ع أو فی عرف السائل أو فی عرف المتبایعین أو أحدهما و إن لم یتعارف فی غیره و کذلک قوله ع:

ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فلا یصلح مجازفة الظاهر فی وضع المکیال علیه عند المخاطب و فی عرفه و إن لم یکن کذلک فی عرف الشارع اللهم إلا أن یقال إنه لم یعلم أن ما تعارف کیله أو وزنه فی عرف الأئمة و أصحابهم کان غیر مقدر فی زمان الشارع حتی یتحقق المنافاة و الأصل فی ذلک أن مفهوم المکیل و الموزون فی الأخبار لا یراد بهما کلما فرض صیرورته کذلک حتی یعم ما علم کونه غیر مقدر فی زمن الشارع بل المراد بهما المصداق الفعلی المعنون بهما فی زمان المتکلم و هذه الأفراد لا یعلم عدم کونها مکیلة و لا موزونة فی زمن النبی ص لکن یرد علی ذلک مع کونه مخالفا للظاهر المستفاد من عنوان ما یکال أو یوزن أنه لا دلیل حینئذ علی اعتبار الکیل

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۳ فیما شک فی کونه مقدرا فی ذلک الزمان مع تعارف التقدیر فیه فی الزمان الآخر إذ لا یکفی فی الحکم حینئذ دخوله فی مفهوم المکیل و الموزون بل لا بد من کونه أحد المصادیق الفعلیة فی زمان صدور الأخبار و لا دلیل أیضا علی إلحاق کل بلد لحکم نفسه مع اختلاف البلدان و الحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما یکال أو یوزن علی ما هو المشهور من کون العبرة فی التقدیر بزمان النبی ص ثم بما اتفقت علیه بالبلاد ثم بما تعارف فی کل بلدة بالنسبة إلی نفسه فی غایة الإشکال فالأولی تنزیل الأخبار علی ما تعارف تقدیره عند المتبایعین و إثبات ما ینافی ذلک من الأحکام المشهورة بالإجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة و کذا الإشکال لو علم التقدیر فی زمن الشارع و لم یعلم کونه بالکیل أو بالوزن. و مما ذکرنا ظهر ضعف ما فی کلام جماعة من التمسک لکون الاعتبار فی التقدیر بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ علی المتعارف عند الشارع و لکون المرجع فیما لم یعلم عادة الشرع هی العادة المتعارفة فی البلدان بأن الحقیقة العرفیة هی المرجع عند انتفاء الشرعیة و لکون المرجع عادة کل بلد إذا اختلفت البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه انتهی و ذکر المحقق الثانی أیضا أن الحقیقة العرفیة یعتبر فیها ما کان یعتبر فی حمل إطلاق لفظ الشارع علیها فلو تغیرت فی عصر بعد استقرارها فیما قبله فالمعتبر هو العرف السابق و لا أثر للتغیر الطاری للاستصحاب و لظاهر قوله ص: حکمی علی الواحد حکمی علی الجماعة و أما فی الأقاریر و نحوهما فالظاهر الحوالة علی عرف ذلک العصر الواقع فیه شیء عنها حملا له علی ما یفهمه المواقع انتهی. أقول لیس الکلام فی مفهوم المکیل و الموزون بل الکلام فیما هو المعتبر فی تحقق هذا المفهوم فإن المراد بقولهم ع: ما کان مکیلا فلا یباع جزافا و لا یباع بعضه ببعض إلا متساویا إما أن یکون ما هو المکیل فی عرف المتکلم أو یراد به ما هو المکیل فی العرف العام أو ما هو المکیل فی عرف کل مکلف و علی أی تقدیر فلا یفید الکلام لحکم غیر ما هو المراد فلا بد لبیان حکم غیر المراد من دلیل خارجی و إرادة جمیع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتیب خاص فی ثبوت الحکم بها و خصوصا مع کون مرتبة کل لاحق مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه غیر صحیحة کما لا یخفی. و لعل المقدس الأردبیلی أراد ما ذکرنا حیث تأمل فیما ذکروه من الترتیب بین عرف الشارع و عرف العام و العرف الخاص معللا باحتمال إرادة الکیل و الوزن المتعارف عرفا عاما أو فی أکثر البلدان أو فی الجملة مطلقا أو بالنسبة إلی کل بلد بلد کما قیل فی المأکول و الملبوس فی السجدة من الأمر الوارد بهما لو سلم و الظاهر هو الأخیر انتهی و قد رده فی الحدائق بأن الواجب فی معانی الألفاظ الواردة فی الأخبار حملها علی عرفهم صلوات الله علیهم فکل ما کان مکیلا أو موزونا فی عرفهم وجب إجراء الحکم علیه فی الأزمنة المتأخرة و ما لم یعلم فهو بناء علی قواعدهم یرجع إلی العرف العام إلی آخر ما ذکره من التفصیل ثم قال و یمکن أن یستدل للعرف العام بما تقدم فی صحیحة الحلبی من قوله ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فإن الظاهر أن المرجع فی کونه مکیلا إلی تسمیته عرفا مکیلا و یمکن تقییده بما لم یعلم حاله فی زمانهم ع انتهی. أقول قد عرفت أن الکلام هنا لیس فی معنی اللفظ لأن مفهوم الکیل معلوم لغة و إنما الکلام فی تعیین الاصطلاح الذی یتعارف فیه هذا المفهوم ثم لو فرض کون الکلام فی معنی اللفظ کان اللازم حمله علی العرف العام إذا لم یکن عرف شرعی لا إذا جهل عرفه الشرعی فإنه لم یقل أحد بحمل اللفظ حینئذ علی المعنی العرفی بل لا بد

من الاجتهاد فی تعیین ذلک المعنی الشرعی و مع العجز یحکم بإجمال اللفظ کما هو واضح هذا کله مع أن الأخبار إنما وصلت إلینا من الأئمهٔ ص فاللازم اعتبار عرفهم لا ـ عرف الشارع و أما ما استشهد به للرجوع إلی العرف العام من قوله ع ما سمیت فیه کیلا إلی آخره فیحتمل أن یراد به عرف المخاطب فیکون المعیار العرف الخاص بالمتبایعین. نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرهٔ بالعرف الخاص لمقطوعهٔ ابن هاشم الآتیهٔ فتأمل. و أبعد شیء فی المقام ما ذکره فی جامع المقاصد من أن الحقیقهٔ العرفیهٔ یعتبر فیها ما کان یعتبر فی حمل إطلاق لفظ الشارع علیهما

فلو تغیرت فی عصر بعد استقرارها فیما قبله إلی آخره. و بالجملهٔ فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشکل لکن الظاهر أن کلها متفق علیها.

نعم اختلفوا فیما إذا کانت البلاد مختلفهٔ فی أن لکل بلد حکم نفسه من حیث الربا أو أنه یغلب جانب التحریم کما علیه جماعهٔ من أصحابنا لکن الظاهر اختصاص هذا الحکم بالربا لا فی جواز البیع جزافا فی بلد لا یتعارف فیه التقدیر ثم إنه یشکل الأمر فیما علم کونه مقدرا فی زمان الشارع لکن لم یعلم أن تقدیره بالکیل أو بالوزن ففیه وجوه أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر و أشکل من ذلک ما لو علم کون الشیء غیر مکیل فی زمان الشارع أو فی العرف العام مع لزوم الغرر فیه عند قوم خاص و لا یمکن جعل ترخیص الشارع لبیعه جزافا تخصیصا لأدلهٔ نفی الغرر لاحتمال کون ذلک الشیء من المبتذلات فی زمن الشارع أو فی العرف بحیث یتحرز عن الغرر بمشاهدته و قد بلغ عند قوم فی العزهٔ إلی حیث لا یتسامح فیها فالأقوی وجوب الاعتبار فی الفرض المذکور بما یندفع فیه الغرر من الکیل أو الوزن أو العد. و بالجملهٔ فالأولی جعل المدار فیما لا إجماع فیه علی وجوب التقدیر بما بنی الأمر فی مقام استعلام مالیهٔ الشیء علی ذلک التقدیر فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فیجاب بذکر العدد بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالیهٔ ما عنده من الرمان و البطیخ فإنه لا یجاب إلا بالوزن و إذا سئل عن مقدار الحنطهٔ و الشعیر فربما یجاب بالکیل و ربما یجاب بالوزن لکن الجواب بالکیل مختص بمن یعرف مقدار الکیل من حیث الوزن إذ الکیل بنفسه غیر منضبط بخلاف الوزن و قد تقدم أن الوزن أصل فی الکیل. و ما ذکرنا هو المراد بالمکیل و الموزون الذین حمل علیهما الحکم بوجوب الاعتبار بالکیل و الوزن عند البیع و بدخول الربا فیهما و أما ما لا یعتبر مقدار مالیته بالتقدیر بأحد الثلاثهٔ کالماء و التین و الخضریات فالظاهر کفایهٔ المشاهدهٔ فیها من غیر تقدیر فإن اختلفت البلاد فی التقدیر و العدم فلا إشکال فی التقدیر فی بلد التقدیر و أما بلد عدم التقدیر فإن کان ذلک لابتذال الشیء عندهم بحیث یتسامح فی مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدهٔ

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۴

کفت المشاهدهٔ و إن کان لعدم مبالاتهم بالغرر و إقدامهم علیه حرصا مع الاعتیاد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدهٔ فلا اعتبار بعادتهم بل یجب مخالفتها فإن النواهی الواردهٔ فی الشرع عن بیوع الغرر و المجازفات کبیع الملاقیح و المضامین و الملامسهٔ و المنابذهٔ و الحصاهٔ علی بعض تفاسیرها و ثمر الشجر قبل الوجود و غیر ذلک لم ترد إلا ـ ردا علی من تعارف عندهم الإقدام علی الغرر و البناء علی المجازفات الموجبهٔ لفتح أبواب المنازعات. و إلی بعض ما ذکرنا أشار ما عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن رجاله ذکره فی حدیث طویل قال: و لا ینظر فیما یکال أو یوزن إلا إلی العامهٔ و لا یؤخذ فیه بالخاصهٔ فإن کان قوم یکیلون اللحم و یکیلون الجوز فلا یعتبر بهم لأن أصل اللحم أن یوزن و أصل الجوز أن یعد. و علی ما ذکرنا فالعبرهٔ ببلد فیه وجود المبیع لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدین و فی شرح القواعد لبعض الأساطین ثم الرجوع إلی العادهٔ مع اتفاقها اتفاقی و لو اختلفت فلکل بلد حکمه کما هو المشهور. و هل یراد به بلد العقد أو المتعاقدین الأقوی الأول و لو تعاقدا فی الصحراء رجعا إلی حکم بلدهما و لو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار علی ذی الجزاف أو البائع فی مبیعه و المشتری فی ثمنه أو یبنی علی الإقراع مع الاختلاف و ما اتفقا علیه مع الاتفاق أو التخییر و لعله الأقوی و یجری مثله فی معاملهٔ الغرباء فی الصحراء مع اختلاف البلدان و الأولی التخلص بإیقاع المعاملهٔ علی وجه لا تفسدها الجهالهٔ من صلح أو هبهٔ بعوض أو معاطاهٔ و نحوها و لو حصل الاختلاف فی البلد الواحد علی وجه التساوی فالأقوی التخییر و مع

الاختصاص بجمع قلیل إشکال انتهی

@@@

مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه علی المشهور

اشارة

و عبارة التذکرة مشعرة بالاتفاق علیه و یدل علیه غیر واحد من الأخبار المتقدمة. و ما تقدم فی صحیحة الحلبی الظاهرة فی المنع عن ذلک محمول علی صورة إیقاع المعاملة غیر مبنیة علی المقدار المخبر به و إن کان الأخبار داعیا إلیها فإنها لا تخرج بمجرد ذلک عن الغرر. و قد تقدم عن التحریر ما یوافق ذلک

[هل یعتبر کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار]

ثم إن الظاهر اعتبار کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار کما تشهد به الروایات المتقدمة فلو لم یفد ظنا فإشکال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر و من عدم تقییدهم الأخبار بإفادة الظن و لا المخبر بالعدالة و الأقوی بناء علی اعتبار التقدیر و إن لم یلزم الغرر الفعلی هو الاعتبار. نعم لو دار الحکم مدار الغرر کفی فی صحة المعاملة إیقاعها مبنیة علی المقدار المخبر به و إن کان مجهولا. و یندفع الغرر ببناء المتعاملین علی ذلک المقدار فإن ذلک لیس بأدون من بیع العین الغائبة علی أوصاف مذکورة فی العقد فیقول بعتک هذه الصبرة علی أنها کذا و کذا صاعا و علی کل تقدیر فالحکم فیه الصحة

[ثبوت الخیار للمشتری لو تبین الخلاف بالنقیصة]

اشارة

فلو تبین الخلاف فإما أن یکون بالنقیصة و إما أن یکون بالزیادة فإن کان بالنقیصة تخیر المشتری بین الفسخ و بین الإمضاء بل فی جامع المقاصد احتمال البطلان کما لو باعه ثوبا علی أنه کتان فبان قطنا ثم رده بکون ذلک من غیر الجنس و هذا منه و إنما الفائت الوصف لکن یمکن أن یقال إن مغایرة الموجود الخارجی لما هو عنوان العقد حقیقة مغایرة حقیقیة لا تشبه مغایرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراکهما فی أصل الحقیقة بخلاف الجزء و الکل فتأمل فإن المتعین الصحة و الخیار. ثم إنه قد عبر فی القواعد عن ثبوت هذا الخیار للبائع مع الزیادة و للمشتری مع النقیصة بقوله تخیر المغبون فربما تخیل بعض تبعا لبعض أن هذا لیس من خیار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خیار الوصف إنما یثبت مع التصریح باشتراط الوصف فی العقد و یدفعه تصریح العلامة فی هذه المسألة فی التذکرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتری بالناقص و فی باب الصرف من القواعد بأنه لو تبین المبیع علی خلاف ما أخبر به البائع تخیر المشتری بین الفسخ و الإمضاء بحصة معینة من الثمن. و تصریح جامع المقاصد فی المسألة الأخیرة بابتنائها علی المسألة المعروفة و هی مسألة ما لو باع متساوی الأجزاء علی أنه مقدار معین فبان أقل و من المعلوم أن الخیار فی تلک المسألة إما لفوات الوصف و إما لفوات الجزء علی الخلاف الآتی. و أما التعبیر بالمغبون فیشمل البائع علی تقدیر الزیادة و المشتری علی تقدیر النقیصة نظیر تعبیر الشهید فی اللمعة عن البائع و المشتری فی بیع العین الغائبة برؤیتها السابقة مع تبین الخلاف حیث قال تخیر المغبون منهما. و أما ما ذکره من أن الخیار إنما یثبت فی تخلف الوصف إذا اشترط فی متن العقد ففیه أن ذلک فی الأوصاف الخارجة التی لا یشترط

اعتبارها فی صحة البیع ککتابة العبد و خیاطته. و أما الملحوظ فی عنوان المبیع بحیث لو لم یلاحظ لم یصح البیع کمقدار معین من الکیل أو الوزن أو العد فهذا لا یحتاج إلی ذکره فی متن العقد فإن هذا أولی من وصف الصحة الذی یغنی بناء العقد علیه عن ذکره فی العقد فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة لیست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعین

[عدم الإشکال فی کون هذا الخیار خیار التخلف

و کیف کان فلا إشکال فی کون هذا الخیار خیار التخلف و إنما الإشکال فی أن المختلف فی الحقیقة هل هو جزء المبیع أو وصف من أوصافه فلذلک اختلف فی أن الإمضاء هل هو بجمیع الثمن أو بحصة منه نسبتها إلیه کنسبة الموجود من الأجزاء إلی المعدوم و تمام الکلام فی موضع تعرض الأصحاب المسألة

[کل ما یکون طریقا عرفیا إلی مقدار المبیع فهو بحکم إخبار البائع

ثم إن فی حکم إخبار البائع بالکیل و الوزن من حیث ثبوت الخیار عند تبین الخلاف کل ما یکون طریقا عرفیا إلی مقدار المبیع و أوقع العقد بناء علیه کما إذا جعلنا الکیل فی المعدود و الموزون طریقا إلی عده أو وزنه.

مسألة قال فی الشرائع یجوز بیع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و إن لم یمسحا و لو مسحا کان أحوط لتفاوت الغرض فی ذلک و تعذر إدراکه بالمشاهدة انتهی و فی التذکرة لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح کالثوب و الدار و الغنم إجماعا و صرح فی السرائر بجواز بیع قطیع الغنم و إن لم یعلم عددها. أقول یشکل الحکم بالجواز فی کثیر من هذه الموارد لثبوت الغرر غالبا مع جهل أذرع الثوب و عدد قطیع الغنم و الاعتماد علی عددها علی ما یحصل تخمینا بالمشاهدة عین المجازفة. و بالجملة فإذا فرضنا أن مقدار مالیة الغنم قلة و کثرة یعلم بالعدد فلا فرق بین الجهل بالعدد فیها و بین الجهل بالمقدار فی المکیل و الموزون و المعدود و کذا الحکم فی عدد الأذرع و الطاقات و الکرابیس و الجربان فی کثیر من الأراضی المقدرة عادة بالجریب. نعم ربما یتفق

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۵

تعارف عدد خاص فی أذرع بعض طاقات الکرابیس لکن الاعتماد علی هذا من حیث کونه طریقا إلی عدد الأذرع نظیر إخبار البائع و لیس هذا معنی کفایة المشاهدة و تظهر الثمرة فی ثبوت الخیار إذ علی تقدیر کفایة المشاهدة لا یثبت خیار مع تبین قلة الأذرع بالنسبة إلی ما حصل التخمین به من المشاهدة إلا- إذا کان النقص عیبا أو اشترط عددا خاصا من حیث الذراع طولا- و عرضا. و بالجملة فالمعیار هنا دفع الغرر الشخصی إذ لم یرد هنا نص بالتقدیر لیحتمل إناطة الحکم به و لو لم یکن غرر کما استظهرناه فی المکیل و الموزون فافهم.

مسألة بیع بعض من جملة متساویة الأجزاء

اشارة

کصاع من صبرة مجتمعة الصیعان أو متفرقتها أو ذراع من کرباس أو عبد من عبدین و شبه ذلک یتصور علی وجوه

الأول أن یرید بذلک البعض کسرا واقعیا من الجملة مقدرا بذلک العنوان

فیرید بالصاع مثلا من صبرة تکون عشرة أصوع عشرها و من عبد من العبدین نصفهما و لا إشکال فی صحة ذلک و لا فی کون المبیع مشاعا فی الجملة و لا فرق بین اختلاف العبدین فی القیمة و عدمه و لا بین العلم بعدد صیعان الصبرة و عدمه لأن الکسر مقدر بالصاع فلا یعتبر العلم بنسبته إلی المجموع هذا و لکن قال فی التذکرة و الأقرب أنه لو قصد الإشاعة فی عبد من عبدین أو شاة من شاتین بطل بخلاف الذراع من الأرض انتهی و لم یعلم وجه الفرق إلا منع ظهور الکسر المشاع من لفظ العبد و الشاة.

الثانی أن یراد به بعض مردد بین ما یمکن صدقه علیه

اشارة

من الأفراد المتصورة فی المجموع نظیر تردد الفرد المنتشر بین الأفراد و هذا یتضح فی صاع من الصیعان المتفرقة و لا إشکال فی بطلان ذلک مع اختلاف المصادیق فی القیمة کالعبدین المختلفین لأنه غرر لأن المشتری لا یعلم بما یحصل فی یده منهما و أما مع اتفاقهما فی القیمة کما فی الصیعان المتفرقة فالمشهور أیضا کما فی کلام بعض المنع بل فی الریاض نسبته إلی الأصحاب. و عن المحقق الأردبیلی قدس سره أیضا نسبة المنع عن بیع ذراع من کرباس مشاهد من غیر تعیین أحد طرفیه إلی الأصحاب و استدل علی المنع بعضهم بالجهالة التی یبطل معها البیع إجماعا و آخر بأن الإبهام فی البیع مبطل له لا من حیث الجهالة. و یؤیده أنه حکم فی التذکرة مع منعه عن بیع أحد العبدین المشاهدین المتساویین بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقی و لم یدر أیهما هو صح خلافا لبعض العامة و ثالث بلزوم الغرر و رابع بأن الملک صفة وجودیة محتاجة إلی محل تقوم به کسائر الصفات الموجودة فی الخارج و أحدهما علی سبیل البدل غیر قابل لقیامه به لأنه أمر انتزاعی من أمرین معینین و یضعف الأول بمنع المقدمتین لأن الواحد علی سبیل البدل غیر مجهول إذ لا- تعین له فی الواقع حتی یجهل و المنع عن بیع المجهول و لو لم یلزم غرر غیر مسلم نعم وقع فی معقد بعض الإجماعات ما یظهر منه صدق کلتا المقدمتین. ففی السرائر بعد نقل الروایة التی رواها فی الخلاف علی جواز بیع عبد من عبدین قال إن ما اشتملت علیه الروایة مخالف لما علیه الأمة بأسرها مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانیفهم لأن المبیع إذا کان مجهولا کان البیع باطلا بغیر خلاف انتهی و عن الخلاف فی باب السلم أنه لو قال أشتری منک أحد هذین العبدین أو هؤلاء العبید لم یصح الشراء دلیلنا أنه بیع مجهول فیجب أن لا یصح و لأنه بیع غرر لاختلاف قیمتی العبدین و لأنه لا دلیل علی صحة ذلک فی الشرع. و قد ذکرنا هذه المسألة فی البیوع و قلنا إن أصحابنا رووا جواز ذلک فی العبدین فإن قلنا بذلک تبعنا فیه الروایة و لم یقس غیرهما علیهما انتهی و عبارته المحکیة فی باب البیوع أنه روی أصحابنا أنه إذا اشتری عبدا من عبدین علی أن للمشتری أن یختار أیهما شاء أنه جائز و لم یرووا فی الثوب شیئا ثم قال دلیلنا إجماع الفرقة و قوله ص: المؤمنون عند شروطهم انتهی. و سیأتی أیضا فی کلام فخر الدین أن عدم تشخیص المبیع من الغرر الذی یوجب النهی عنه الفساد إجماعا و ظاهر هذه الکلمات صدق الجهالة و کون مثلها قادحة اتفاقا مع فرض عدم نص بل قد عرفت رد الحلی للنص المجوز بمخالفته لإجماع الأمة. و مما ذکرنا من منع کبری الوجه الأول یظهر حال الوجه الثانی من وجوه المنع أعنی کون الإبهام مبطلا- و أما الوجه الثالث فیرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد فی الصفات الموجبة لاختلاف القیمة و لذا یجوز الإسلاف فی الکلی من هذه الأفراد مع أن الانضباط فی السلم آکد و أیضا فقد جوزوا بیع الصاع الکلی من الصبرة و لا- فرق بینهما من حیث الغرر قطعا و لذا رد فی الإیضاح حمل الصاع من الصبرة علی الکلی برجوعه إلی عدم تعیین المبیع الموجب للغرر المفسد إجماعا. و أما الرابع فیمنع احتیاج صفة الملک إلی وجود خارجی فإن الکلی المبیع سلما أو حالا مملوک للمشتری و لا وجود لفرد منه فی الخارج بصفة کونه مملوکا للمشتری فالوجه أن الملکیة أمر اعتباری یعتبرها العرف و الشرع

أو أحدهما فى مواردها و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد و لذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشيئين بل بأحد الشخصين و نحوهما فالإنصاف كما اعترف به جماعة أولهم المحقق الأردبيلى عدم دليل معتبر على المنع. قال فى شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أى الطرفين و فيه تأمل إذ لم يقم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف أراد المشترى أو من أى جانب كان من الأرض فما المانع بعد العلم بذلك انتهى. فالدليل هو الإجماع لو ثبت و قد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض الراجع إلى بيع الكسر المشاع و إن قصدا معينا من عين أو كليا لا على وجه الإشاعة بطل لحصول

الغرر بالإبهام فى الأول و كونه بيع المعدوم و باختلاف الأغراض فى الثانى غالبا فيلحق به النادر و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال و الظاهر بعد إمعان النظر و نهاية التتبع أن الغرر الشرعى لا يستلزم

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۶

الغرر العرفى و بالعكس و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهية و لعل الدائرة فى الشرع أضيق و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين و فهم الأصحاب مقدم لأنهم أدرى بمذاق الشارع و أعلم انتهى. و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع

لاتفاقهما على بطلانه و لو اختلفا فادعى المشترى الإشاعة فيصح البيع و قال البائع أردت معينا. ففى التذكرة الأقرب قبول قول المشترى عملا- بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين انتهى. و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة فى أحد المعنيين أما معه فالمتبع هو الظاهر و أصالة الصحة لا تصرف الظواهر و أما أصالة عدم التعيين فلم أتحققها. و ذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور فى عدم الإشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة و فيه نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق

اشارة

فى الأفراد المتصورة فى تلك الجملة

[الفرق بين الوجه الثانى و الثالث

و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثانى كما حققه فى جامع المقاصد بعد التمثيل للثانى بما إذا فرقت الصيعان و قال بعتك أحدها أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المشخصة غير معين فيكون بيعه مشتملا على الغرر و فى هذا الوجه أمر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم كل واحد من صيعان الصبرة و يوجد به و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ أمر كلى. فإن قلت المبيع فى الأولى أيضا أمر كلى. قلنا ليس كذلك بل هو

واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلى و بحسب الواقع جزئى غير معين و لا معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد منها برأسه فصار إطلاق أحدها منزلا على شخصى غير معلوم فصار كبيع أحد الشياة و أحد العبيد و لو قال بعتك صاعا من هذه شائعا فى جملتها لحكمنا بالصحة انتهى. و حاصله أن المبيع مع الترديد جزئى حقيقى فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الأفراد المتصورة فى تلك الجملة. و فى الإيضاح أن الفرق بينهما هو الفرق بين الكلى المقيد بالوحدة و بين الفرد المنتشر

ثم الظاهر صحة بيع الكلى بهذا المعنى كما هو صريح جماعة منهم الشيخ و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبرة على الكلى أو الإشاعة لكن يظهر مما عن الإيضاح وجود الخلاف فى صحة بيع الكلى و أن منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلى بهذا المعنى و الكلى الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمة.

قال فى الإيضاح فى ترجيح التنزيل على الإشاعة إنه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد إجماعا و لأن أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و إبهام المبيع مبطل انتهى و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارة إلى ما فى الإيضاح من لزوم الإبهام و الغرر و أخرى إلى عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة لا على وجه الإشاعة و ثالثة باتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة. و يرد الأول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم فى الكلى. و الثانى بأنه معهود فى الوصية و الإصداق مع أنه لم يفهم مراده من المعهودية فإن أنواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق أحدها فى مورد الآخر إلا أن يراد منه عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكية الكلى المشترك بين أفراد موجودة فيكفى فى رده النقض بالوصية و شبهها هذا كله مضافا إلى صحيحة الأطنان الآتية فإن موردها إما بيع الفرد المنتشر و إما بيع الكلى فى الخارج. و أما الثالث فسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه

اشارة

بناء على المشهور من صحته وجهان بل قولان حكى ثانيهما عن الشيخ و الشهيدين و المحقق الثانى و جماعة و استدل فى جامع المقاصد بأنه السابق إلى الفهم. و برواية بريد بن معاوية عن أبى عبد الله ع: فى رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشترى قد قبلت و اشتريت و رضيت فأعطاه المشترى من ثمنه ألف درهم و وكل المشترى من يقبضه فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشرة آلاف طن فقال ع العشرة آلاف طن التى بقيت هى للمشترى و العشرون التى احترقت من مال البائع. و يمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع فى قوله صاعا من صبرة هو الفرد المنتشر الذى عرفت سابقا أن المشهور بل الإجماع على بطلانه و مقتضى المعنى العرفى هو المقدار المقدر بصاع و ظاهره حينئذ الإشاعة لأن المقدار المذكور عن مجموع الصبرة مشاع فيه. و أما الرواية فهى أيضا ظاهره فى الفرد المنتشر كما اعترف به فى الرياض لكن الإنصاف أن العرف يعاملون فى البيع المذكور معاملة الكلى فيجعلون الخيار فى التعيين إلى البائع و هذه أمارة فهمهم الكلى. و أما الرواية فلو فرضنا ظهورها فى الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلى لأجل القرينة الخارجية و تدل على عدم الإشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مالا للمشترى فالقول الثانى لا يخلو من قوة بل لم نظفر بمن جزم بالأول و إن حكاه فى الإيضاح قولا-

ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور.

أحدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع

لأن المفروض أن المشترى لم يملك إلا الطبيعة المعراة عن التشخيص الخاص فلا يستحق على البائع خصوصية فإذا طالب بخصوصية زائدة على تلك الطبيعة فقد طالب ما ليس حقا له و هذا جار في كل من ملك كليا في الذمة أو في الخارج فليس لمالكه اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبيده و نحو ذلك إلا أنه قد جزم المحقق القمي قدس سره في غير موضع من أجوبة مسائله بأن الاختيار في التعيين بيد المشترى و لم يعلم له وجه مصحح فيا ليته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث إن الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور و استحقها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۷

أخرى و كذلك مسألة التمليك كما لا يخفى و أما على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما لحصول الشركة فتحتاج القسمة إلى التراضي.

و منها أنه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشترى فيه

لأن كل فرد من أفراد الطبيعة و إن كان قابلا لتعلق ملكه به بخصوصه إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع و إقباضه فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشترى فعلا فينحصر في الموجود و هذا بخلاف المشاع فإن ملك المشترى فعلا ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة إلى اختيار و إقباض فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشترى جزء بنسبة حصته.

و منها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر

فالظاهر أنه إذا بقى صاع واحد كان للأول لأن الكلى المبيع ثانيا إنما هو سار في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة

[صور إقباض الكلى

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كليا ما لم يقبض- و أما إذا قبض فإن قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشترى و إن قبض في ضمن الباقى بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء و الباقى أمانة حصلت الشركة بحصول ماله في يده و عدم توقفه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشترى له فعلا و ينحصر حقه في الباقى فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشترى ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما. و الحاصل أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلا أو بعضا ملكا فعليا للمشترى و الملك الفعلى له حينئذ هو الكلى السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوبا على المشترى لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض فإن تملك المشترى لمقدار منه حاصل فعلا لتحقق الإقباض فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع و المشترى على حد سواء. نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء- بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض

[لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة]

هذا كله مما لا إشكال فيه و إنما الإشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزيل الأرطال المستثناة على الإشاعة و لذا قال فى الدروس إن فى هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة و حينئذ يقع الإشكال فى الفرق بين المسألتين حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. و المشهور هنا التنزيل على الكلى بل لم يعرف من جزم بالإشاعة و ربما يفرق بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلى و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة. و فيه أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدى عن مورده إلى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة و إن اقتصر على مورده لم يتعد إلى غير مورده حتى فى البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدى و بين مسألة الاستثناء. و بالجملة فالنص بنفسه لا يصلح فارقا مع البناء على التعدى عن مورده الشخصى و أضعف من ذلك الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة فى مسألة الاستثناء لأنا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص و أضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاة و غيرهما مما يحمل الكلى فيها على الإشاعة و بين البيع باعتبار القبض فى لزوم البيع و إيجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشترى إذ هو شبه الكلى فى الذمة. و فيه مع أن إيجاب القبض متحقق فى مسألتى الزكاة و الاستثناء أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلا أو بعضا ينفسخ البيع فى التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفى الإشاعة فنفى الإشاعة بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصادرة كما لا يخفى. و أما مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له أصلا فى الفرق و مثله فى الضعف لو لم يكن عينه ما فى مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و إن بقى قدره فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى أمانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البائع هناك انتهى و فيه مع ما عرفت من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقى بعد ثبوت عدم الإشاعة فكيف يثبت به أنه إن أريد من كون التلف فى مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشترى. ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشترى و لا كلام فيه و لا إشكال و إنما الإشكال فى الفرق بين المشترى فى مسألة الصاع و البائع فى مسألة الاستثناء حيث إن كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التلف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما فى عدم قبض حقهما الكلى و إن أريد من كون التلف بعد القبض أن الكلى الذى يستحقه البائع قد كان فى يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل إلى المشترى فقد دفع مالا مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشترى فالاشتراك كان قبل القبض. ففيه أن الإشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله بعتك صاعا من هذه الصبرة و بين قوله بعتك هذه الصبرة أو هذه الثمرة إلا صاعا منها و ما الموجب للاشتراك فى الثانى دون الأول مع كون مقتضى الكلى عدم تعين فرد منه أو جزء منه لمالكه إلا بعد إقباض مالك الكل الذى هو المشترى فى مسألة الاستثناء فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب فى مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشترى إلا بإذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى بأنه لو فرط المشترى وجب أداء المستثنى من الباقى و يمكن أن يقال إن بناء المشهور فى مسألة استثناء الأرطال إن كان على عدم الإشاعة

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۸

قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتألف دون الموجود كما ينبئ عنه فتوى جماعة منهم بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشترى كانت حصة البائع فى الباقى. و يؤيده استمرار السيرة فى صورة استثناء الأرطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشترى فى التصرف و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء فالمسألتان مشتركتان فى التنزيل على الكلى و لا فرق بينها إلا فى بعض ثمرات التنزيل على الكل و هو حساب التالف عليهما و لا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشترى لا مطلق الموجود وقت البيع و إن كان بناؤهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه فى ذلك أن

المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلک يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشترى بالبيع كليا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع. فمعنى بعتک هـذه الصبرة إلاـ صاعـا منهـا بعتـک الكلى الخارج الـذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالک لعنوان كلى فالموجود مشترک بينهما لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحـدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته إليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا فإن مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتک صاعا من هذه الصبرة إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصـاع. فـإن قلت إن مـال البـائع بعـد بيع الصاع ليس جزئيا حقيقيا متشـخصا فى الخارج فيكون كليا كنفس الصاع. قلت نعم و لكن ملكيـة البـائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى مـا بقى ذلـک العنوان ليكون الباقى بعـد تلف البعض مصـداقا لهـذا العنوان و عنوان الصـاع على نهـج سواء ليلزم من تخصـيصه بأحـدهما الترجيـح من غير مرجـح فيجىء الاـشتراک فـإذا لم يبق إلاـ صـاع كان الموجود مصـداقا لعنوان ملک المشترى فيحكم بكونه مالكا له و لا يزاحمه بقاء عنوان ملک البائع فتأمل. هـذا ما خطر عاجلا بالبال و قد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفا الله عن الزلل فى المعاثر.

[أقسام بيع الصبرة]

قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشـى الشـهيد إن أقسام بيع الصبرة عشـرة لأنها إما أن تكون معلومة المقدار أو مجهولة فإن كانت معلومـة صح بيعها أجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع و بيع مقدار كقفيز تشـتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا لا بيع كل قفيز منها بكذا و المجهولـة كلها باطلـة إلا الثالث و هو بيع مقـدار معلوم تشـتمل الصبرة عليه و لو لم يعلم باشـتمالها عليه فظاهر القواعد و المحكى عن حواشـى الشـهيد و غيرها عـدم الصـحة و استحسـنه فى الروضـة ثم قال نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشـتمالها عليه كان متجها و المحكى عن ظاهر الـدروس و اللمعـة الصـحة قال فيها فإن نقصت تخير بين أخـذ الموجود منها بحصـة من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصـفقة و ربما يحكى عن المبسوط و الخلاف خلافه و لا يخلو من قوة و إن كان فى تعيينه نظر لا لتـدارک الضـرر بالخيار لما عرفت غير مرة من أن الغرر إنما يلاحظ فى البيع مع قطع النظر عن الخيار الـذى هو من أحكام العقد فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد بل لمنع الغرر. و إن قيـل عـدم العلم بـالوجود من أعظم أفراد الغرر. قلت نعم إذا بنى العقـد على جعـل الثمن فى مقابل الموجود و أما إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع غير المعلوم الوجود بتمـامه فلا غرر عرفا و ربما تحتمل الصـحة مراعى بتبين اشـتمالها عليه. و فيه أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشـتمال هذا و لكن الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصـحة إلا مع العلم بالاشتمال أو الظن الـذى يتعـارف الاعتمـاد عليه و لـو كـان من جهـة استصـحاب الاشـتمال. و أمـا الرابع مع الجهالـة و هو بيعهـا كـل قفيز بكـذا فالمحكى عن جماعة المنع و عن ظاهر إطلاق المحكى من عبارتى المبسوط و الخلاف أنه لو قال بعتک هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع. قال فى الخلاف لأنه لا مانع منه و الأصل جوازه و ظاهر إطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال. و عن الكفاية نفى البعد عنه إذ المبيع معلوم بالمشاهـدة و الثمن ممـا يمكن أن يعرف بـأن تكـال الصبرة و يوزع الثمن على قفزائهـا قال و له نظائر ذكر جملـة منها فى التذكرة و فيه نظر.

مسألة إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها

اشارة

فإن اقتضت العادة تغيرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب لأن الرؤيـة القديمـة غير نافعـة و إن اقتضت العـادة بقاءهـا عليهـا فلا إشـكال فى الصـحة و لا خلاف فيها أيضا إلا من بعض الشافعيـة و إن

احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغير و البناء عليها فى العقد فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و الوزن لأن الأصل من الطرق التى يتعارف التعويل عليها و لو فرضناه فى مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أمارة على خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الأول و هو ما اقتضت العادة تغيره لم يجز البيع و إلا جاز ذكر تلك الصفات لا بدونه لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذى يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها بل يمكن القول بالصحة فى القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخيير المغبون و هو البائع إن تغير إلى صفات زادت فى ماليته و المشترى إن نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر و لأن الصفات المبنى عليها فى حكم الصفات المشروطة فهى من قبيل تخلف الشرط كما أشار إليه فى نهاية الأحكام و المسالك بقولهما الرؤية بمثابة الشرط فى الصفات الكائنة فى المرئى فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فى الشرط انتهى و توهم أن الشروط إذا لم تذكر فى متن العقد لا عبرة بها فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط فى متن العقد مدفوع بأن الغرض من ذكر الشروط فى العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد و الصفات المرئية سابقا حيث إن البيع لا يصح إلا مبنيا عليها

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۹

كانت دخولها فى العقد كان أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية و لذا لو لم يبن البيع عليها و لم يلاحظ وجودها فى البيع كان البيع باطلا فالذكر اللفظى إنما يحتاج إليه فى شروط خارجة لا يجب ملاحظتها فى العقد و احتمل فى نهاية الأحكام البطلان و لعله لأن المضى على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاء بالعقد وجب فلا خيار و إن لم يكن وفاء لم يدل دليل على جوازه. و بعبارة أخرى العقد إذا وقع على الشىء الموصوف انتفى متعلقة بانتفاء صفته و إلا فلا وجه للخيار مع أصالة اللزوم و يضعفه أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع إما ببناء العقد عليها و إما بذكرها فى متن العقد لا تعد من مقومات العقد كما أنها ليست من مقومات المبيع ففواتها فوات حق للمشترى ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه و تمام الكلام فى باب الخيار إن شاء الله.

فرعان

الأول لو اختلفا فى التغير فادعاه المشترى

ففى المبسوط و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك تقديم قول المشترى لأن يده على الثمن كما فى الدروس و هو راجع إلى ما فى المبسوط و السرائر من أن المشترى هو الذى ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منه إلا بإقراره أو ببينة تقوم عليه انتهى. و تبعه العلامة أيضا فى صورة الاختلاف فى أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤية حيث تمسك بأصالة براءة ذمة المشترى من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبينة و لأن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه كما فى التذكرة و لأن الأصل عدم وصول حقه إليه كما فى جامع المقاصد و يمكن أن يضعف الأول بأن يد المشترى على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانة غاية الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبثه باليد إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفى فى سلطنة البائع على الثمن بناء على ما ذكره العلامة فى أحكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن فى مدة الخيار و إن تسلم الآخر و حينئذ فالشك فى ثبوت الخيار يوجب الشك فى سلطنة البائع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجىء. و الثانى مع معارضته بأصالة عدم علم المشترى بالمبيع على وصف آخر حتى يكون حق له يوجب الخيار بأن الشك فى علم المشترى بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك

فی وجود غیر هذا الوصف سابقا فإذا انتفی غیره بالأصل الذی یرجع إلیه أصالة عدم تغیر المبیع لم یجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف. و الثالث بأن حق المشتری من نفس العین قد وصل إلیه قطعا و لذا یجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حیث الوصف المفقود غیر ثابت فعلیه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد. و لأجل ما ذکرنا قوی بعض تقدیم قول البائع هذا و یمکن بناء المسألة علی أن بناء المتبایعین حین العقد علی الأوصاف الملحوظة حین المشاهدة هل هو کاشتراطها فی العقد فهی کشروط مضمرة فی نفس المتعاقدین کما عرفت عن النهایة و المسالک و لهذا لا- یحصل من فقدها الأخیار لمن اشترطت له و لا یلزم بطلان العقد أو أنها مأخوذة فی نفس المعقود علیه بحیث یکون المعقود علیه هو الشیء المقید و لذا لا- یجوز إلغاؤها فی المعقود علیه کما یجوز إلغاء غیرها من الشروط فعلی الأول یرجع النزاع فی التغیر و عدمه إلی النزاع فی اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود علی البائع و عدمه و الأصل مع البائع. و بعبارة أخری النزاع فی أن العقد وقع علی الشیء الملحوظ فیه الوصف المفقود أم لا لکن الإنصاف أن هذا البناء فی حکم الاشتراط من حیث ثبوت الخیار لکنه لیس شیئا مستقلا حتی یدفع عند الشک بالأصل بل المراد به إیقاع العقد علی العین الملحوظ کونها متصفة بهذا الوصف و لیس هنا عقد علی العین و التزام بکونها متصفة بذلک الوصف فهو قید ملحوظ فی المعقود علیه نظیر الأجزاء لا شرط ملزم فی العقد فحینئذ یرجع النزاع إلی وقوع العقد علی ما ینطبق علی الشیء الموجود حتی یلزم الوفاء به و عدمه و الأصل عدمه. و دعوی معارضته بأصالة عدم وقوع العقد علی العین المقیدة بالوصف المفقود لیثبت اللزوم مدفوعة بأن عدم وقوع العقد علی العین المقیدة لا یثبت لزوم العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد علی العین غیر المقیدة بأصالة عدم وقوع العقد علی المقید و هو غیر جائز کما حقق فی الأصول. و علی الثانی یرجع النزاع إلی رجوع العقد و التراضی علی الشیء المطلق بحیث یشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و الأصل مع المشتری. و دعوی معارضته بأصالة عدم وقوع العقد علی الشیء الموصوف بالصفة المفقودة مدفوعة بأنه لا یلزم من عدم تعلقه بذاک تعلقه بهذا حتی یلزم علی المشتری الوفاء به فإلزام المشتری بالوفاء بالعقد موقوف علی ثبوت تعلق العقد بهذا و هو غیر ثابت و الأصل عدمه و قد تقرر فی الأصول أن نفی أحد الضدین بالأصل لا یثبت الضد الآخر لیترتب علیه حکمه. و بما ذکرنا یظهر فساد التمسک بأصالة اللزوم حیث إن المبیع ملک المشتری و الثمن ملک البائع اتفاقا و إنما اختلافهما فی تسلط المشتری علی الفسخ فینفی بما تقدم من قاعدة اللزوم. توضیح الفساد أن الشک فی اللزوم و عدمه من حیث الشک فی متعلق العقد فإنا نقول الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتی لا

یثبت اللزوم و هو وارد علی أصالة اللزوم. و الحاصل أن هنا أمرین أحدهما عدم تقیید متعلق العقد بذلک الوصف المفقود و أخذه فیه و هذا الأصل ینفع فی عدم الخیار لکنه غیر جار لعدم الحالة السابقة. و الثانی عدم وقوع العقد علی الموصوف بذاک الوصف المفقود و هذا جار غیر نافع نظیر الشک فی کون الماء المخلوق دفعة کرا من أصله فإن أصالة عدم کریته نافعة غیر جاریة و أصالة عدم وجود الکر جاریة غیر نافعة فی ترتب آثار القلة علی الماء المذکور فافهم و اغتنم. و بما ذکرنا یظهر حال التمسک بالعمومات المقتضیة للزوم العقد الحاکمة علی الأصول العملیة المتقدمة مثل ما دل علی حرمة أکل المال إلا أن تکون تجارة عن تراض و عموم لا یحل مال امرأ مسلم إلا عن طیب نفسه و عموم أن الناس مسلطون علی أموالهم بناء علی أنها تدل علی عدم تسلط المشتری علی استرداد الثمن من البائع لأن المفروض صیرورته

المکاسب، ج۲، ص ۲۰۰

ملکا إذ لا یخفی علیک أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحکم أدلة الخیار المال الذی لم یدفع عوضه الذی وقع المعاوضة علیه إلی المشتری فإذا شک فی ذلک فالأصل عدم دفع العوض و هذا هو الذی تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتری إلیه فإن عدم وصول حقه إلیه یثبت موضوع خیار تخلف الوصف.

فإن قلت لا- دلیل علی کون الخارج عن العمومات المذکورة معنونا بالعنوان المذکور بل نقول قد خرج عن تلک العمومات المال الذی وقع المعاوضة بینه و بین ما لم ینطبق علی المدفوع فإذا شک فی ذلک فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذکورة. قلت السبب فی

الخیار و سلطنة المشتری علی فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به علیه هو عدم کون العین الخارجیة منطبقة علی ما وقع العقد علیه و بعبارة أخری هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذی وقع العقد علیه إلی المشتری لا وقوع العقد علی ما لا یطابق العین الخارجیة کما أن السبب فی لزوم العقد تحقق مقتضاه من انتقال العین بالصفات التی وقع العقد علیها إلی ملک المشتری و الأصل موافق للأول و مخالف للثانی مثلا إذا وقع العقد علی العین علی أنها سمینة فبانت مهزولة فالموجب للخیار هو أنه لم ینتقل إلیه فی الخارج ما عقد علیه و هو السمین لا وقوع العقد علی السمین فإن ذلک لا یقتضی الجواز و إنما المقتضی للجواز عدم انطباق العین الخارجیة علی متعلق العقد و من المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشک. فقد تحقق مما ذکرنا صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتری إلیه و کذلک صحة ما فی التذکرة من أصالة عدم التزام المشتری بتملک هذا الموجود حتی یجب الوفاء بما ألزم. نعم ما فی المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء ید المشتری علی الثمن کأنه لا یناسب أصالة اللزوم بل یناسب أصالة الجواز عند الشک فی لزوم العقد کما یظهر من المختلف فی باب السبق و الرمایة و سیأتی تحقیق الحال فی باب الخیار. و أما دعوی ورود أصالة عدم تغیر المبیع علی الأصول المذکورة- لأن الشک فیها مسبب عن الشک فی تغیر المبیع فهی مدفوعة مضافا إلی منع جریانه فیما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف فی زمن المشاهدة کما إذا علم بکونها سمینة و أنها صارت مهزولة و لا یعلم أنها فی زمان المشاهدة کانت باقیة علی السمن أو لا فحینئذ مقتضی الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة فالأصل تأخر التغیر لا عدمه الموجب للزوم العقد بأن مرجع أصالة عدم تغیر المبیع إلی عدم کونها حین المشاهدة سمینة و من المعلوم أن هذا بنفسه لا یوجب لزوم العقد نظیر أصالة عدم وقوع العقد علی السمین. نعم لو ثبت بذلک الأصل هزالها عند المشاهدة و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد و لکن الأصول العدمیة فی مجاریها لا- تثبت وجود أضدادها هذا کله مع دعوی المشتری النقص الموجب للخیار و لو ادعی البائع الزیادة الموجبة لخیار البائع فمقتضی ما ذکرنا فی طرف المشتری تقدیم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد علی هذا الموجود حتی یجب علیه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللمعة تقدیم قول المشتری هنا و لم یعلم وجهه.

الثانی لو اتفقا علی التغیر بعد المشاهدة و وقوع العقد علی الوصف المشاهد

و اختلفا فی تقدم التغیر علی البیع لیثبت الخیار و تأخره عنه علی وجه لا یوجب الخیار تعارض کل من أصالة عدم تقدم البیع و التغیر علی صاحبه و حیث إن مرجع الأصلین إلی أصالة عدم وقوع البیع حال السمن مثلا و أصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البیع و الظاهر أنه لا- یترتب علی شیء منهما الحکم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحکام وصول ما عقد علیه و انتقاله إلی المشتری و أصالة بقاء السمن لا یثبت وصول السمین إلیه کما أن أصالة عدم وقوع البیع حال السمن لا ینفیه. فالمرجع إلی أصالة عدم وصول حق المشتری إلیه کما فی المسألة السابقة إلا أن الفرق بینهما هو أن الشک فی وصول الحق هناک ناش عن الشک فی نفس الحق و هنا ناش عن الشک فی وصول الحق المعلوم. و بعبارة أخری الشک هنا فی وصول الحق و هناک فی حقه الواصل و مقتضی الأصل فی المقامین عدم اللزوم و من ذلک یعلم الکلام فیما لو کان مدعی الخیار هو البائع بأن اتفقا علی مشاهدته مهزولا و وقوع العقد علی المشاهد و حصل السمن و اختلفا فی تقدمه علی البیع لیثبت الخیار للبائع فافهم و تدبر فإن المقام لا یخلو عن إشکال و اشتباه و لو وجد المبیع تالفا بعد القبض فیما یکفی فی قبضه التخلیة و اختلفا فی تقدم التلف علی البیع و تأخره فالأصل بقاء ملک المشتری علی الثمن لأصالة عدم تأثیر البیع. و قد یتوهم جریان أصالة صحة البیع هنا للشک فی بعض شروطه و هو وجود المبیع. و فیه أن صحة العقد عبارة من کونه بحیث یترتب علیه الأثر شرعا فإذا فرضنا أنه عقد علی شیء معدوم فی الواقع فلا تأثیر له عقلا فی تملیک العین لأن تملیک المعدوم لا علی قصد تملیکه عند الوجود و لا علی قصد تملیک بدله مثلا أو قیمة غیر معقول و مجرد إنشائه باللفظ لغو عرفا یقبح مع العلم دون الجهل بالحال فإذا شککنا فی وجود العین حال العقد فلا یلزم من الحکم بعدمه فعل فاسد من المسلم لأن

التمليك الحقيقى غير متحقق و الصورى و إن تحقق لكنه ليس بفاسد إذ اللغو فاسد عرفا أى قبيح إذا صدر عمن علم بالحال. و بالجملة المد شرعا الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقى المقصود الذى لم يمضه الشارع فافهم هذا فإنه قد غفل عنه بعض فى مسألة الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع و تأخيره عنه حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه. نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الإنشاء الحقيقى عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة أو قصد تمليك بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحقق مورد الصحة و الفساد فإذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۱

مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك

كما فى كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق فى توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العد. و يغنى الوصف عن الاختبار فيما يضبط من الأوصاف دون ما لا يضبط كمقدار الطعم و الرائحة و اللون و كيفياتها فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه إلا باختبار شىء من جنسه ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فبيعت منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف و كذا الكلام فى الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقة و الشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعلام صحة المبيع و فساده جاز شراؤها بوصف الصحة كما فى الدبس و الدهن مثلا فإن المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما بخلاف بعض أنواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها و لا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظة صحتها و فسادها. و إطلاق كلمات الأصحاب فى جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف محمول على ما إذا أريدت الأوصاف التى لها مدخلية فى الصحة لا الزائدة على الصحة التى تختلف بها القيمة بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان لجواز شرائها من دون اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة و كيف كان فقد قوى فى السرائر عدم الجواز أخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الإجماع فى الغنية قال يمكن أن يقال إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون بالوصف لأنه غير غائب فيباع مع خيار الرؤية بالوصف فإذا لا بد من شمه و ذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف و هذا قوى انتهى و يضعفه أن المقصود من الاختبار رفع الغرر فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة وفاقا للفاضلين و من تأخر عنهما لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه فذكره فى الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة و من المعلوم أنه غير معتبر فى البيع إجماعا بل يكفى بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. و أما رواية محمد بن العيص عن الرجل: يشترى ما يذاق أ يذوقه قبل أن يشترى قال نعم فليذقه و لا يذوقن ما لا يشترى. فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه ثم إنه ربما نسب الخلاف فى هذه المسألة إلى المفيد و القاضى و سلار و أبى الصلاح و ابن حمزة. قال فى المقنعة كل شىء من المطعومات و المشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبرة بالشم و صنوف الطيب و الحلويات المذوقة فإنه لا يصح بيعها بغير اختبار فإن ابتيعت بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى و عن القاضى أنه لا يجوز بيعها إلا بعد أن يختبر فإن بيعت من غير اختبار كان المشترى مخيرا فى رده لها على البائع و المحكى من سلار و أبى الصلاح و ابن حمزة إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشترى كالقاضى ثم المحكى عن المفيد و سلار أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة و عن النهاية و الكافى أن بيعه جائز على الشرط الصحة أو

البراءة من العیوب و عن القاضی لا یجوز بیعه إلا بشرط الصحة و البراءة من العیوب قال فی محکی المختلف بعد ذکر عبارة القاضی إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القیدین أما الصحة أو البراءة من العیوب و لیس بجید بل الأولی انعقاد البیع سواء شرط أحدهما أم خلی عنهما أم شرط العیب و الظاهر أنه إنما صار إلی الإبهام من عبارة الشیخین حیث قالا إنه جاز علی شرط الصحة أو بشرط الصحة و مقصودهما أن البیع بشرط الصحة أو علی شرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة انتهی. أقول و لعله لنکتة بیان أن مطلب الشیخین لیس وجوب ذکر الوصف فی العقد کما عبر فی القواعد فیما یفسده الاختبار بقوله جاز شرط الصحة لکن الإنصاف أن الظاهر من عبارتی المقنعة و النهایة و نحوهما هو اعتبار ذکر الصحة فی العقد کما یظهر بالتدبر فی عبارة المقنعة من أولها إلی آخرها. و عبارة النهایة هنا هی عبارة المقنعة بعینها فلاحظ. و ظاهر الکل کما تری اعتبار خصوص الاختبار فیما لا یفسده کما تقدم عن الحلی فلا یکفی ذکر الأوصاف فضلا عن الاستغناء

عنها بأصالة السلامة و یدل علیه أن هؤلاء اشترطوا فی ظاهر عبائرهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العیوب فیما یفسده الاختبار و إن فهم فی المختلف خلاف ذلک لکن قدمنا ما فیه فینبغی أن یکون کلامهم فی الأمور التی لا تضبط خصوصیة طعمها و ریحها بالوصف و الظاهر أن ذلک فی غیر الأوصاف التی تدور علیها السلامة من العیب إلا أن تخصیصهم الحکم بما لا یفسده الاختبار کشاهد علی أن المراد بالأوصاف التی لا یفسد اختبارها ما هو مناط السلامة کما أن مقابله و هو ما یفسد الشیء باختباره کالبیض و البطیخ کذلک غالبا. و یؤیده حکم القاضی بخیار المشتری و کیف کان فإن کان مذهبهم تعیین الاختبار فیما لا یضبط بالأوصاف فلا خلاف معهم منا و لا من الأصحاب و إن کان مذهبهم موافقا للحلی بناء علی إرادة الأوصاف التی بها قوام السلامة من العیب فقد عرفت أنه ضعیف فی الغایة و إن کان مذهبهم عدم کفایة البناء علی أصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و إن کان ذکر الوصف کافیا عن الاختبار فقد عرفت أن الظاهر من حالهم و حال غیرهم عدم التزام ذکر الأوصاف الراجعة إلی السلامة من العیوب فی بیع الأعیان الشخصیة. و یمکن أن یقال بعد منع جریان أصالة السلامة فی الأعیان لعدم الدلیل علیها لا من بناء العقلاء إلا فیما إذا کان الشک فی طرو المفسد مع أن الکلام فی کفایة أصالة السلامة عن ذکر الأوصاف أعم و لا من الشرع لعدم الدلیل علیه إن السلامة من العیب الخاص متی ما کانت

المکاسب، ج۲، ص ۲۰۲

مقصودة علی جهة الرکنیة للمال کالحلاوة فی الدبس و الرائحة فی الجلاب و الحموضة فی الخل و غیر ذلک مما یذهب بذهابه معظم المالیة فلا بد فی دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العیب الناشئ من عدم هذه الصفات و حیث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأمارة عرفیة مغنیة عن الاختبار و الوصف و متی ما کانت مقصودة لا علی هذا الوجه لم یجب إحرازها. نعم لما کان الإطلاق منصرفا إلی الصحیح جاز الخیار عند تبین العیب فالخیار من جهة الانصراف نظیر انصراف الإطلاق إلی النقد لا النسیئة و انصراف إطلاق الملک فی المبیع إلی غیر مسلوب المنفعة سدة یعتد بها لا من جهة الاعتماد فی إحراز الصحة و البناء علیها علی أصالة السلامة. بعبارة أخری الشک فی بعض العیوب قد لا یستلزم الغرر ککون الجاریة ممن لا تحیض فی سن الحیض و مثل هذا لا یعتبر إحراز السلامة منه و قد یستلزمه ککون الجاریة خنثی و کون الدابة لا تستطیع من المشی أو الرکوب و الحمل علیه و هذا مما یعتبر إحراز السلامة منها و حیث فرض عدم إحرازها بالأصل فلا بد من الاختبار أو الوصف. هذا و یؤید ما ذکرناه من التفصیل أن بعضهم کالمحقق فی النافع و العلامة فی القواعد عنونا المسألة بما کان المراد طعمه أو ریحه- هذا و لکن الإنصاف أن مطلق العیب إذا التفت إلیه المشتری و شک فیه فلا بد فی رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إما بالاختبار و إما بالوصف و إما بالإطلاق إذا فرض قیامه مقام الوصف إما لأجل الانصراف و إما لأصالة السلامة من غیر تفرقة بین العیوب أصلا فلا بد إما من کفایة الإطلاق فی الکل للأصل و الانصراف و إما من عدم کفایته فی الکل نظرا إلی أنه لا یتوقع به الغرر إذا حصل منه الوثوق حتی أنه لو شک فی أن هذا العبد صحیح أو أنه أجذم لم یجز البناء علی أصالة السلامة إذا لم یفد الوثوق بل لا بد من

الاختبار أو وصف کونه غیر أجذم و هذا و إن کان لا یخلو عن وجه إلا أنه مخالف لما یستفاد من کلماتهم فی غیر موضع من عدم وجوب اختبار غیر ما یراد طعمه أو ریحه من حیث سلامته من العیوب و عدمها.

مسألة یجوز ابتیاع ما یفسده الاختبار من دون الاختبار

إجماعا علی الظاهر و الأقوی عدم اعتبار اشتراط الصحة فی العقد و کفایة الاعتماد علی أصالة السلامة کما فیما لا یفسده الاختبار خلافا لظاهر جماعة تقدم ذکرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العیوب أو خصوص أحدهما. و قد عرفت تأویل العلامة فی المختلف لعبارتی المقنعة و النهایة الظاهرتین فی ذلک و إرجاعهما إلی ما أراده من قوله فی القواعد جاز بیعه بشرط الصحة من أنه مع الصحة یمضی البیع و لا- معها یتخیر المشتری و عرفت أن هذا التأویل مخالف للظاهر حتی أن قوله فی القواعد ظاهر فی اعتبار شرط الصحة و لذا قال فی جامع المقاصد کما یجوز بیعه بشرط الصحة یجوز بیعه مطلقا و کیف کان فإذا تبین فساد البیع فإن کان قبل التصرف فیه بالکسر و نحوه فإن کان لفاسده قیمة کبیض النعامة و الجوز تخیر بین الرد و الأرش و لو فرض بلوغ الفساد إلی حیث لا یعد الفاسد من أفراد ذلک الجنس عرفا کالجوز الأجوف الذی لا یصلح إلا للإحراق فیحتمل قویا بطلان البیع إن لم یکن لفاسده قیمة تبین بطلان البیع لوقوعه علی ما لیس بمتمول و إن کان تبین الفساد بعد الکسر ففی الأول تبین الأرش خاصة لمکان التصرف فیه. و یظهر من المبسوط قول بأنه لو کان تصرفه علی قدر یستعلم فیه فساد المبیع لم یسقط الرد و المراد بالأرش تفاوت ما بین صحیحة و فاسده غیر المکسورة لأن الکسر نقص حصل فی ید المشتری و منه یعلم ثبوت الأرش أیضا و لو لم یکن لمکسوره قیمة لأن العبرة فی التمول بالفاسد غیر المکسور و لا عبرة بخروجه بالکسر عن التمول و یبطل البیع فی الثانی أعنی ما لم یکن لفاسده قیمة وفاقا للمبسوط و السرائر و ظاهر من تأخر عنهما و ظاهرهم بطلان البیع من رأس کما صرح به الشیخ و الحلی و العلامة فی التذکرة مستدلین بوقوعه علی ما لا قیمة له کالحشرات و هو صریح جماعة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرین عدا الشهید فی الدروس فإن ظاهره انفساخ البیع من حین تبین الفساد لا- من أصله و جعل الثانی احتمالا و نسبه إلی ظاهر الجماعة و لم یعلم وجه ما اختاره و لذا نسب فی الروضة خلافه إلی الوضوح و هو کذلک فإن الفاسد الواقعی إن لم یکن من الأموال الواقعیة کان العقد علیه فاسدا لأن اشتراط تمول العوضین واقعی لا علمی و إن کان من الأموال الواقعیة فإن لم یکن بینه و بین الصحیح تفاوت فی القیمة لم یکن هنا أرش و لا رد بل کان البیع لازما و قد تلف المبیع بعد قبضه و إن کان بینه و بین الصحیح الواقعی تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبه تفاوت ما بین الصحیح و الفاسد من الثمن لا جمیع الثمن اللهم إلا أن یقال إنه مال واقعی إلی حین تبین الفساد فإذا سقط عن المالیة لأمر سابق علی العقد و هو فساده واقعا کان فی ضمان البائع فینفسخ البیع حینئذ بل یمکن أن یقال بعدم الانفساخ فیجوز له الإمضاء فیکون مکسورة ملکا له و إن خرج عن المالیة بالکسر و حیث إن خروجه عن المالیة لأمر سابق علی العقد کان مضمونا علی البائع و تدارک هذا العیب أعنی فوات المالیة لا یکون إلا بدفع تمام الثمن لکن سیجیء ما فیه من مخالفته للقواعد و الفتاوی.

و فیه وضوح کون مالیته عرفا و شرعا من حیث الظاهر و أما إذا انکشف الفساد حکم بعدم المالیة الواقعیة من أول الأمر مع أنه لو کان مالا- واقعیا فالعیب حادث فی ملک المشتری فإن العلم مخرج له عن المالیة لا کاشف فلیس هذا عینا مجهولا و لو سلم فهو کالأرمد یعمی بعد الاشتراء و المریض یموت مع أن فوات المالیة یعد تلفا لا عیبا ثم إن فائدة الخلاف تظهر فی ترتب آثار ملکیة المشتری الثمن إلی حین تبین الفساد. و عن الدروس و اللمعة أنها تظهر فی مئونة نقله عن الموضع الذی اشتراه فیه إلی موضع اختباره فعلی الأول علی البائع و علی الثانی علی المشتری لوقوعه فی ملکه و فی جامع المقاصد الذی یقتضیه النظر أنه لیس له رجوع علی البائع بها لانتفاء المقتضی و تبعه الشهید الثانی فقال لأنه نقله بغیر أمره فلا یتجه الرجوع علیه بها و کون المشتری

المکاسب، ج ۲، ص ۲۰۳

هنا کجاهل استحقاق المبیع حیث رجع بما غرم إنما یتجه مع الغرور و هو منفی هنا لاشتراکهما فی الجهل انتهی. و اعترض علیه بأن

الغرر لا یختص بصورة علم الغار و هنا قول ثالث نفی عنه البعد بعض الأساطین و هو کونه علی البائع علی التقدیرین و هو بعید علی تقدیر الفسخ من حین تبین الفساد هذا کله فی مئونة النقل من موضع الشراء إلی موضع الکسر. و أما مئونة نقله من موضع الکسر لو وجب تفریغه منه لمطالبة مالکه أو لکونه مسجدا أو مشهدا فإن کان المکسور مع عدم تموله ملکا نظیر حبة الحنطة فالظاهر علی البائع علی التقدیرین لأنه بعد الفسخ ملکه و أما لو لم یکن قابلا للتملک فلا یبعد مؤاخذة المشتری به و فی رجوعه علی البائع ما تقدم فی مئونة نقله إلی موضع الکسر. ثم إن المحکی فی الدروس عن الشیخ و أتباعه أنه لو تبرأ البائع عن البیع فیما لا قیمة لمکسوره صح قال و یشکل بأنه أکل مال بالباطل و تبعه الشهید و المحقق الثانیان. و قد تصدی بعض لتوجیه صحة الاشتراء بالبراءة بما حاصله منع بطلان البیع و إن استحق المشتری مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب فإن الأرش غرامة أوجبها الشارع بسبب العیب لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثمن و لذا یسقط بالإسقاط و لا یتعین علی البائع الإعطاء من نفس الثمن لیسقط بالتبری و لیس هذا کاشتراط عدم المبیع فی عقد البیع إذ المثمن یتحقق علی حسب معاملة العقلاء و لم یعلم اعتبار أزید من ذلک فی صحة البیع فمن فرض رضاه بذلک یکون قادما علی بذل ماله علی هذا النحو.

نعم لو لم یشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب و لعله لذلک لم یعبروا بالبطلان و إن ذکر المحقق و غیره الرجوع بالثمن و فهم منه جماعة بطلان البیع لکنه قد یمنع بعدم خروجه عن المالیة و إن لم یکن له قیمة و هو أعم من بطلان البیع انتهی محصله. و فیه مواقع للنظر فإن المتعرضین للمسألة بین مصرح ببطلان البیع کالشیخ فی المبسوط و الحلی فی السرائر و العلامة فی التذکرة معللین ذلک بأنه لا یجوز بیع ما لا قیمة له و بین من صرح برجوع المشتری بتمام الثمن الظاهر فی البطلان فإن الرجوع بعین الثمن لا یعقل من دون البطلان و یکفی فی ذلک ما تقدم من الدروس من أن ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر و اختار قدس سره الانفساخ من حین تبین الفساد فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش بل ظاهر العلامة رحمه الله فی التذکرة عدم هذا القول بین المسلمین حیث إنه بعد حکمه بفساد البیع معللا بوقوع العقد علی ما لا قیمة له و حکایة ذلک عن بعض الشافعیة قال و قال بعضهم بفساد البیع لا لهذه العلة بل لأن الرد ثبت علی سبیل استدراک الظلامة و کما یرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبیع کذلک یرجع بکل الثمن عند فوات کل المبیع. و تظهر فائدة الخلاف فی أن القشور الباقیة بمن یختص حتی یجب علیه تطهیر الموضع عنها انتهی. هذا مع أنه لا مجال للتأمل فی البطلان بناء علی ما ذکرنا من القطع بأن الحکم بمالیة المبیع هنا شرعا و عرفا حکم ظاهری و تمول العوضین شرط واقعی لا علمی و لذا لم یتأمل ذو مسکة فی بطلان بیع من بان حرا أو ما بان خمرا و غیر ذلک إذ انکشاف فقد العوض مشترک بینهما ثم إن الجمع بین عدم خروجه عن المالیة و بین عدم القیمة لمکسوره مما لا یفهم فلعله أراد الملکیة مضافا إلی أن الأرش المستوعب للثمن لا یخلو تصوره عن إشکال لأن الأرش کما صرحوا به تفاوت ما بین قیمتی الصحیح و المعیب. نعم ذکر العلامة فی التذکرة و التحریر و القواعد أن المشتری للعبد الجانی عمدا یتخیر مع الجهل بین الفسخ فیسترد الثمن أو طلب الأرش فإن استوعبت الجنایة القیمة کان الأرش جمیع الثمن أیضا و قد تصدی جامع المقاصد لتوجیه عبارة القواعد فی هذا المقام بما لا یخلو عن بعد فراجع و کیف کان فلا أجد وجها لما ذکره و أضعف من ذلک ما ذکره بعض آخر من منع حکم الشیخ و أتباعه بصحة البیع و اشتراط البائع علی المشتری البراءة من العیوب و زعم أن معنی اشتراط البراءة فی کلامهم اشتراط المشتری علی البائع البراءة من العیوب فیکون مرادفا لاشتراط الصحة و أنت خبیر بفساد ذلک بعد ملاحظة عبارة الشیخ و الأتباع فإن کلامهم ظاهر أو صریح فی أن المراد براءة البائع من العیوب لا المشتری. نعم لم أجد فی کلام الشیخین و المحکی عن غیرهما تعرضا لذکر هذا الشرط فی خصوص ما لا قیمة لمکسوره ثم إنه ربما یستشکل فی جواز اشتراط البراءة من العیوب غیر المخرجة عن المالیة أیضا بلزوم الغرر فإن بیع ما لا یعلم صحته و فساده لا یجوز إلا بناء علی أصالة الصحة و اشتراط البراءة کان بمنزلة البیع من غیر اعتذار بوجود العیوب و عدمها. و قد صرح العلامة و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خیار الرؤیة فی العین الغائبة و سیجیء توضیحه فی باب الخیارات إن شاء الله.

مسألة المشهور من غیر خلاف یذکر جواز بیع المسک فی فأره

مسألة المشهور من غیر خلاف یذکر جواز بیع المسک فی فأره
و الفأر بالهمزة قیل جمع فأرة کتمر و تمرة. و عن النهایة أنه قد لا یهمز تخفیفا. و مستند الحکم العمومات غیر المزاحمة بما یصلح للتخصیص عدا توهم النجاسة المندفع فی باب النجاسات بالنص و الإجماع أو توهم جهالته بناء علی ما تقدم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة فی دفع الغرر. و یندفع بما تقدم من بناء العرف علی الأصل فی نفی الفساد و بناء الأصحاب علی عدم التزام الاختبار فی الأوصاف التی تدور معها الصحة لکنک خبیر بأن هذا کله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحیح الذی لا- یعلم إلا- بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روی فی التذکرة مرسلا عن الإمام الصادق ع جواز بیعه لکن لم یعلم إرادة ما فی الفأرة و کیف کان فإذا فرض أنه لیست له أوصاف خارجیة یعرف بها الوصف الذی له دخل فی القیمة. فالأحوط ما ذکروه من فتقه بإدخال خیط فیها بإبرة ثم إخراجه و شمه ثم لو شمه و لم یرض به فهل یضمن هذا النقص الذی أدخل علیه من جهة الفتق لو فرض حصوله فیه و لو بکونه جزء أخیرا لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخیط و الإبرة مرارا وجه مبنی علی ضمان النقص فی المقبوض بالسوم
المکاسب، ج۲، ص ۲۰۴
فالأولی أن یباشر البائع ذلک فیشم المشتری الخیط ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بیع اللؤلؤ فی الصدف و هو کذلک و صرح بعدم جواز بیع البیض فی بطن الدجاج للجهالة و هو حسن إذا لم یعرف لذلک الدجاج فرد معتاد من البیض من حیث الکبر و الصغر

مسألة لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم إلیه و عدمه

مسألة لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم إلیه و عدمه
لأن ضم المعلوم إلیه لا- یخرجه عن الجهالة فیکون المجموع مجهولا إذ لا نعنی بالمجهول ما کان کل جزء جزء منه مجهولا و یتفرع علی ذلک أنه لا یجوز بیع سمک الآجام و لو کان مملوکا لجهالته و إن ضم إلیه القصب أو غیره و لا اللبن فی الضرع و لو ضم إلیه ما یحلب منه أو غیره علی المشهور کما فی الروضة. و خص المنع جماعة بما إذا کان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضما إلی المعلوم و جوزوا بیعه إذا کان تابعا للمعلوم و هو المحکی عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المقتصر و استحسنه المحقق و الشهید الثانیان و لعل المانعین لا یریدون إلا ذلک نظرا إلی أن جهالة التابع لا یوجب الغرر و لا صدق اسم المجهول علی المبیع عرفا حتی یندرج فی إطلاق ما دل من الإجماع علی عدم جواز بیع المجهول فإن أکثر المعلومات بعض أجزائها مجهول خلافا للشیخ فی النهایة و ابن حمزة فی الوسیلة. و المحکی عن الإسکافی و القاضی بل فی مفتاح الکرامة أن الحاصل من التتبع أن المشهور بین المتقدمین هو الصحة بل عن الخلاف و الغنیة الإجماع فی مسألة السمک و اختاره من المتأخرین المحقق الأردبیلی و صاحب الکفایة و المحدث العاملی و المحدث الکاشانی و حکی عن ظاهر غایة المراد و صریح حواشیه علی القواعد و حجتهم علی ذلک الأخبار المستفیضة الواردة فی مسألتی السمک و اللبن و غیرهما. ففی مرسلة البزنطی التی إرسالها بوجود سهل فیها سهل عن أبی عبد الله ع قال: إذا کانت أجمة لیس فیها قصب أخرج شیء من سمک فیباع و ما فی الأجمة و روایة معاویة بن عمار عن أبی عبد الله ع: لا بأس بأن یشتری الآجام إذا کانت فیها قصب و المراد شراء ما فیها بقرینة الروایة السابقة و اللاحقة. و روایة أبی بصیر عن أبی عبد الله ع: فی شراء الأجمة لیس فیها قصب إنما هی ماء قال تصید کفا من سمک تقول أشتری منک هذا السمک و ما فی هذه الأجمة بکذا و کذا و موثقة سماعة عن أبی عبد الله ع کما فی الفقیه قال: سألته عن اللبن یشتری و هو فی الضرع قال لا إلا أن یحلب لک فی سکرجة فیقول اشتر منی هذا اللبن الذی فی الأسکرجة و ما فی ضروعها بثمن مسمی فإن لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی السکرجة و علیها تحمل صحیحة عیص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل له نعم یبیع ألبانها بغیر کیل قال نعم حتی تنقطع أو شیء منها بناء

على أن المراد بيع اللبن الذى فى الضرع بتمامه أو بيع شىء منه محلوب فى الخارج و ما بقى فى الضرع بعد حلب شىء منه و فى الصحيح إلى ابن محبوب عن أبى إبراهيم الكرخى قال: قلت لأبى عبد الله ع ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما قال لا بأس إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف و موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدرى لعله لا يكون شىء من هذا أبدا أو يكون أ يشتريه و فى أى زمان يشتريه و يتقبل به قال ع إذا علم من ذلك شيئا واحدا أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به. و ظاهر الأخيرين كموثقة سماعة أن الضميمة المعلومة إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لا- من حيث جهالته فإن ما فى الأسكرجة غير معلوم بالوزن و الكيل و كذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة فى رواية الهاشمى مع أن المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم بل عن الخلاف عليه الإجماع و القائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخى مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما فى البطون إلى الأصواف فتبين أن الرواية لم يقل أحد بظاهرها و مثلها فى الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبى بصير و البزنطى فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات و لا ينافى ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة لاحتمال أن لا يعتبر الوزن فى بيع الكثير منه كالذى لا يدخل فى الوزن لكثرته كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك إلا بقرينة

روايتى أبى بصير و البزنطى اللتين عرفت حالهما فتأمل. ثم على تقدير الدلالة إن أريد انتزاع قاعدة منها و هى جواز ضم المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيلة لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها على ذلك و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإنا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شىء معلوم إليه كما يشهد به تتبع كلماتهم و إن أريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل من عدم جواز بيع المجهول مطلقا بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم و أصله من العلامة. قال فى القواعد فى باب شرط العوضين كل مجهول مقصود بالبيع لا- يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إن كان تابعا انتهى. و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخره عنه إلا أن مرادهم من المقصود و التابع غير واضح و الذى يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة أن مراده بالتابع ما يشترط دخوله فى البيع و بالمقصود ما كان جزء. قال فى القواعد فى باب الشرط فى ضمن البيع لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صح أما لو باع الدابة و حملها و الجارية و حملها بطل لأن كل ما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزء من المقصود و يصح تابعا انتهى و فى باب ما يندرج فى المبيع قال السادس العبد و لا يتناول ماله

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۵

الذى ملكه مولاه إلا أن يستثنيه المشترى إن قلنا إن العبد يملك فينتقل إلى المشترى مع العبد و كان جعله للمشترى إبقاء له على العبد فيجوز أن يكون مجهولا أو غائبا أما إذا أحلنا تملكه و باعه و ما معه صار جزء من المبيع فتعتبر فيه شرائط البيع انتهى. و بمثل ذلك فى الفرق بين جعل المال شرطا و بين جعله جزء صرح فى التذكرة فى فروع مسألة تملك العبد و عدمه معللا بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف. و قال فى التذكرة أيضا فى باب شروط العوضين لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعا. و فى موضع آخر من باب الشرط فى العقد لو قال بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلا بالشراء و لا جزء. و قال أيضا و لو باع الحامل و يشترط للمشترى الحمل صح لأنه تابع كأسس الحيطان و إن لم يصح ضمه فى البيع مع الأم للفرق بين الجزء و النابع و قال فى موضع آخر لو قال بعتك هذه الشاة و ما فى ضرعها من اللبن لم يجز عندنا. و قال فى موضع آخر لو باعه دجاجة ذات بيضة و شرطها صح و إن جعلها جزء من المبيع لم يصح. و هذه كلها صريحة فى عدم جواز ضم المجهول على وجه

الجزئيـة من غير فرق بين تعلق الغرض الـداعى بالمعلوم أو المجهول و قد ذكر هذا المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى مسألة اشتراط دخول الزرع فى بيع الأرض قال و ما قـد يوجـد فى بعض الكلام من أن المجهول إن جعل جزء من المبيع لا يصح و إن اشترط صح و نحو ذلك فليس بشـىء لأن العبارة لا أثر لها و الشرط محسوب من جملة المبيع و لأنه لو باع الحمل و الأم صح البيع و لا يتوقف على بيعهـا اشتراطه انتهى و هو الظاهر من الشـهيدين فى اللمعـة و الروضـة حيث اشترطا فى مال العبـد المشروط دخوله فى بيعه اسـتجماعه لشـروط البيع و قد صـرح الشـيخ فى مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال و عن الشـهيد لو اشتراه و ماله صح و لم يشترط علمه و لا التفصـى من الربا إن قلنا إنه يملك و إن أحلنا ملكه اشترط و قال فى الدروس لو جعل الحمل جزء من البيع فالأقوى الصـحة لأنه بمنزلـة الاشتراط و لا يضـر الجهالـة لأنه تابع انتهى. و اختاره جامع المقاصـد ثم إن التابع فى كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به ما يعد فى العرف تابعـا كالحمـل مع الأم و اللبن مع الشاة و البيض مع الـدجاج و مال العبـد معه و الباغ فى الـدار و القصـر فى البسـتان و نحو ذلك مما نسب البيع عرفا إلى المتبوع لا إليهما معا و إن فرض تعلق الغرض الشخصـى بكليهما فى بعض الأحيان بل بالتابع خاصة كما قـد يتفق فى حمل بعض أفراد الخيل و هـذا هو الظاهر من كلماتهم فى بعض المقامات كما تقـدم عن الـدروس و جامع المقاصـد من صحة بيع الأم و حملها لأن الحمل تابع. قال فى جامع المقاصد فى شـرح قوله المتقدم عن القواعد و يجوز مع الانضـمام إلى معلوم إذا كان تابعا إن إطلاق العبارة يشـمل ما إذا شـرط حمل دابـة فى بيع دابـة أخرى إلا أن يقال التبعيـة إنما تتحقق مع الأم لأنه حينئذ بمنزلة بعض أجزائهـا و مثله زخرفـة جـدران البيت انتهى. و فى التمثيـل نظر لخروج زخرفـة الجـدران عن محل الكلام فى المقام إلا أن يريد مثال الأجزاء لأمثال التابع لكن هـذا ينافى ما تقـدم من اعتبارهم العلم فى مال العبـد وفاقا للشـيخ رحمه الله مع أن مال العبـد تابع عرفى كمـا صـرح به فى المختلف فى مسألـة بيع العبـد و اشتراط مـاله و يحتمـل أن يكون مرادهم من التابع بحسب قصـد المتبايعين و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعا عرفيا كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السـمك أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب و هذا أيضا قد يكون كذلك بحسب النوع و قد يكون كذلك بحسب الشـخص كمن أراد السـمك القليل لأجل حاجة لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا فى ضمن قصبة الأجمة و الأول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه حيث حمل رواية سـماعة المتقدمة على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصـير أصـلا و الذى فى الضـرع تابعا. و قال فى مسألة بيع ما فى بطون الأنعام مع الضميمة و المعتمد

أن نقول إن كـان الحمل تابعا صـح البيع كما لو باع الأم و حملها أو باع ما يقصـد مثله بمثل الثمن و ضم الحمل فهـذا لا بأس به و إلا كـان باطلاـ و أمـا الاحتمال الثانى أعنى مراعاة الغرض الشخصـى للمتبائعين فلم نجـد عليه شاهـدا إلا ثبوت الغرر على تقـدير الغرض الشخصـى بـالمجهول و انتفاءه على تقـدير تعلقه بالمعلوم و يمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه كما لا يخفى و ربما احتمل بعض بـل استـظهر أن مراده بكون المعلوم مقصودا و المجهول تابعـا كون المقصود بـالبيع ذلك المعلوم بمعنى أن الإقـدام منهما و لو بتصـحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذى هو و إن سـمى ضـميمة لكنه المقصود فى تصـحيح البيع قال و لا ينافيه كون المقصود بالنسبـة إلى الغرض ما فيه الغرر نظير ما يسـتعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصـمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقـد على شـىء معين معلوم لا نزاع فيه و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقـد عليه البيع فلا يقـدح حصوله و عدم حصوله كما أومئ إليه فى ضميمة الآبق و ضميمة الثمر على الشجر و ضميمة ما فى الضروع و ما فى الآجام انتهى. و لا يخفى أنه لم توجـد عبارة من عبائرهم تقبل هـذا الحمل إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شـرطا و المعلوم مشـروطا فيريد ما تقدم من القواعد و التذكرة و لا أظن إرادة ذلك من كلامه بقرينة استشهاده بأخبار الضميمة فى الموارد المتفرقة. و الأوفق بالقواعد أن يقال أما الشـرط و الجزء فلاـ فرق بينهمـا من حيث لزوم الغرر بالجهالـة و أمـا قصـد المتبـايعين بحسب الشـخص فالظاهر أنه غير مؤثر فى الغرر وجودا و عـدما لأن الظاهر من حـديث الغرر من كلماتهم عـدم مدخليـة قصـد المتبايعين فى الموارد الشخصـية بل و كذلك قصدهما بحسب النـوع على الـوجه الـذى ذكره فى المختلف من كون قيمـة المعلوم تقـارب الثمن المـدفوع له و للمجهول. و أمـا التـابع العرفى

فـالمجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفـا إلاـ أن المجعول منه جزء داخل ظاهرا فی معقـد الإجماع علی اشتراط العلم بالمبیع المتوقف علی العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفیا خرج عن بیع الغرر و عن

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۶

معقد الإجماع علی اشتراط كون المبیع معلوما فیقتصر علیه هذا كله فی التابع من حیث جعل المتبایعین. و أما التابع للمبیع الذی یندرج فی المبیع و إن لم یضم إلیه حین العقـد و لم یخطر ببـال المتبـایعین فالظـاهر عـدم الخلاف و الإشـكال فی عـدم اعتبار العلم به إلا إذا استلزم غررا فی نفس المبیع إذ الكلاـم فی مسألـة الضـمیمة من حیث الغرر الحاصل فی المجموع لا الساری من المجهول إلی المعلوم فافهم.

مسألة یجوز أن یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزیادة و النقیصة

مسألة یجوز أن یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزیادة و النقیصة

علی المشـهور بل لا خلاف فیه فی الجملة بل عن فخر الإسـلام التصـریح بدعوی الإجماع. قال فیما حكی عنه نص الأصحاب علی أنه یجوز الانـدار للظروف بمـا یحتمـل الزیـادة و النقیصـة فقـد اسـتثنی من المبیع أمر مجهول و اسـتثناء المجهول مبطـل للبیع إلا فی هـذه الصورة فإنه لا یبطل إجماعا انتهی. و الظاهر أن إطلاق الاسـتثناء باعتبار خروجه عن المبیع و لو من أول الأمر بل الاستثناء الحقیقی من المبیع یرجع إلی هذا أیضا ثم إن الأقوال فی تفصیل المسألة ستة الأول جواز الاندار بشرطین كون المندر متعارف الاندار عند التجار و عـدم العلم بزیـادة مـا ینـدره و هو للنهایـة و الوسیلة و عن غیرهمـا. الثـانی عطف النقیصـة علی الزیـادة فی اعتبار عـدم العلم بها و هو للتحریر. الثـالث اعتبـار العادة مطلقا و لو علم الزیادة أو النقیصـة و مع عـدم العادة فیما یحتملهما و هو لظاهر اللمعـة و صـریح الروضـة. الرابع التفصـیل بین مـا یحتمـل الزیـادة و النقیصـة فیجوز مطلقـا و بین مـا علم الزیـادة فـالجواز بشـرط التراضـی. الخـامس عطف العلم بالنقیصـة علی الزیادة و هو للمحقق الثانی ناسبا له إلی كل من لم یـذكر النقیصة. السادس إناطة الحكم بالغرر ثم إن صور المسألة أن یوزن مظروف مع ظرفه فیعلم أنه عشـرة أرطـال فـإذا أریـد بیع المظروف فقـط كما هو المفروض و قلنا بكفایـة العلم بوزن المجموع و عـدم اعتبار العلم بوزن المبیع منفردا علی ما هو مفروض المسألـة و معقد الإجماع المتقدم فتارة یباع المظروف المذكور جملة بكذا و حینئـذ فلا یحتاج إلی الانـدار لأن الثمن و المثمن معلومان بالفرض و أخری یباع علی وجه التسـعیر بأن یقول بعتكه كل رطل بدرهم- فتجیء مسألـة الانـدار للحاجة إلی تعیین ما یستحقه البائع من الـدراهم و یمكن أن تحرر المسألـة علی وجه آخر و هو أنه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف و قلنـا بعـدم لزوم العلم بـوزن المظروف منفردا أی مقـدار للظرف یجعـل وزن المظروف فی حكم المعلوم و هل هو منوط بالمعتاد بین التجار و التراضـی أو بغیر ذلك. فالكلام فی تعیین مقدار المندر لأجل إحراز شرط صحة بیع المظروف بعد قیام الإجماع علی عـدم لزوم العلم بوزنه بالتقدیر أو بإخبار البائع و إلی هذا الوجه ینظر بعض الأساطین حیث أناط مقدار المنذر بما لا یحصل معه غرر. و اعترض علی ما فی القواعد و مثلها من اعتبار التراضی فی جواز إندار ما یعلم زیادته بأن التراضی لا یدفع غررا و لا یصـحح عقـدا و تبعه فی ذلك بعض أتباعه. و یمكن أن یسـتظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حیث فرع اسـتثناء المجهول من المبیع علی جواز الانـدار إذ علی الوجه الأـول یكون اسـتثناء المجهول متفرعا علی جواز بیع المظروف بـدون الظرف المجهول لا علی جواز إنـدار مقـدار معین إذ الانـدار حینئذ لتعیین الثمن فتأمل. و كیف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقین فإن جماعة منهم كما عرفت من الفاضـلین و غیرهما خصوا اعتبار التراضـی بصورة العلم بالمخالفة- فلو كان الاندار لإحراز وزن المبیع و تصحیح العقد لكان معتبرا مطلقا إذ لا معنی لإیقاع العقد علی وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض. و قد صـرح المحقق و الشـهید الثانیان فی وجه اعتبار التراضـی مع العلم بالزیادة أو النقیصـة بأن الانـدار من دون التراضـی تضـییع لمال أحدهما و لا یخفی أنه لو كان اعتبار الاندار قبل العقد لتصـحیحه لم یتحقق تضییع المال لأن الثمن وقع فی العقد فی مقابل المظروف سواء فرض زائدا أم ناقصا هذا مع أنه

إذا فرض كون استقرار العادة على إندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غررا بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادح فى صحة البيع مثلا لو كان المجموع عشرة أرطال و كان المعتاد إسقاط رطل للظرف فإذا تراضيا على أن ينـدر للظرف رطلا فكأنه شرط للمشترى أن لا يحسب عليه رطلا و لو تراضيا على إنـدار نصف رطل فقد اشترط المشترى جعل ثمن تسعة أرطال و نصف ثمنا للتسعة فلا معنى للاعتراض على من قال فى اعتبار التراضى فى إنـدار ما علم زيادته أو نقيصته بأن التراضى لا يـدفع غررا و لا يصحح عقدا و كيف كان فالظاهر هو الوجه الأول فيكون دخول هذه المسألة فى فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بـدون ظرفه المجهول كما عنون المسألة بذلك فى اللمعة بل نسبه فى الحدائق إليهم لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد و التواطؤ على إيقاع العقد على الباقى بعد الاندار.

و ذكر المحقق الأردبيلى رحمه الله فى تفسير عنوان المسألة أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخمينا بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد و لا أنقص بل و إن تفاوت لا يكون إلا بشىء يسير متساهل به عادة ثم دفع ثمن الباقى مع الظرف إلى البائع انتهى. فظاهره الوجه الأول الـذى ذكرناه حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف و جعل الانـدار لأجل تعيين الباقى الـذى يجب عليه دفع ثمنه. و فى الحـدائق فى مقام الرد على من ألحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها قال إن الانـدار حق للمشترى لأنه قـد اشترى مثلا مائة من من السمن فى هـذه الظروف فالواجب قيمـة المائة المذكورة و له إسقاط ما يقابل المظروف من هذا الوزن انتهى. و هذا الكلام و إن كان مؤيدا لما استقربناه فى تحرير المسألة إلا أن جعل الاندار حقا للمشترى و التمثيل بما ذكره لا يخلو من نظر فإن المشترى لم يشتر مائة من من السمن فى هذه الظروف لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما فى هـذه الظروف مائـة من لغو بل المبيع فى الحقيقـة ما فى هـذه الظروف التى هى مع المظروف مائة من فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الاندار و لا حق للمشترى و إن اشتراه على

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۷

وجه التسعير بقوله كل من بكـذا فالإنـدار إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشترى من الثمن فكيف يكون الواجب قيمة المائـة كما ذكره المحـدث. و قـد علم مما ذكرنا أن الاندار الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حق البـائع و ليس حقا للمشترى- . و أما الأخبار فمنها موثقـة حنان قال: سـمعت معمر الزيات قال لأبى عبـد الله ع إنا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له إن كان يزيد و ينقص فلا بأس و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه قيل و ظاهره عدم اعتبار التراضى. أقول المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشترى. و التحقيق أن مورد السؤال صـحة الانـدار من إبقاء الزقاق للمشترى بلا ثمن أو بثمن مغاير للمظروف أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه فلا إطلاق فيه يعم صورة عدم التراضى. و يؤيده النهى عن ارتكـابه مع العلم بالزيـادة فإن النهى عنه ليس ارتكابه بغير تراض فافهم فحينئـذ لا يعارضـها ما دل على صـحة ذلك مع التراضـى مثل رواية على ابن أبى حمزة قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله ع قال جعلت فداك نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص قال إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس فإن الشـرط فيه مسوق- لبيان كفاية التراضى فى ذلك و عدم المانع منه شـرعا فيشـبه التراضـى العلة التامة غير متوقفة على شـىء و نحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الإسـناد عن أخيه موسى ع: عن الرجل يشترى المتاع وزنا فى الناسية و الجوالق فيقول ادفع للناسية رطلا أو أكثر من ذلك أ يحل ذلك البيع قال إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا. ثم إن قوله ع إن كان يزيـد و ينقص فى الروايـة الأولى يحتمل أن يراد به الزيادة و النقيصة فى هذا المقدار المندر فى شـخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه أو بمعنى أنه يزيـد فى بعض الزقاق و ينقص فى بعض آخر أو أن يراد به الزيادة و النقيصـة فى نوع المقـدار المنـدر فى نوع هذه المعاملة بحيث قـد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض أخرى النقيصـة و هـذا هو الـذى فهمه فى النهاية حيث اعتبر أن يكون ما يندر

للظروف مما یزید تارة و ینقص أخرى و نحوه فى الوسیلة. و یشهد للاحتمال الأول رجوع ضمیر یزید و ینقص إلى مجموع النقصان المحسوب لمکان الزقاق و للثانی عطف النقیصة على الزیادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفین لا احتمالها و للثالث ما ورد فى بعض الروایات من أنه: ربما یشترى الطعام من أهل السفینة ثم یکیله فیزید قال ع و ربما نقص قلت و ربما نقص قال فإذا نقص یردون علیکم قلت لا قال لا بأس. فیکون معنى الروایة أنه إذا کان الذى یحسب لکم زائدا مرة و ناقصا أخرى فلا بأس بما یحسب و إن بلغ ما بلغ و إن زاد دائما فلا یجوز إلا بهبة أو إبراء من الثمن أو مع التراضى بناء على عدم توقف الشق الأول علیه و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غیر اطلاع صاحب الزیت و کیف کان فالذى یقوى فى النظر و هو المشهور بین المتأخرین جواز إندار ما یحتمل الزیادة و النقیصة لأصالة عدم زیادة المبیع علیه و عدم استحقاق البائع أزید مما یعطیه المشترى من الثمن لکن العمل بالأصل لا یوجب ذهاب حق أحدهما عند انکشاف الحال و أما مع العلم بالزیادة أو النقیصة فإن کان هنا عادة تقتضیه کان العقد واقعا علیها مع علم المتبایعین بها و لعله مراد من لم یقیده بالعلم و مع الجهل بها أو عدمها فلا یجوز إلا مع التراضى لسقوط حق من له الحق سواء تواطئا على ذلک فى متن العقد بأن قال بعتک ما فى هذه الظروف کل رطل بدرهم على أن یسقط لکل ظرف کذا فهو هبة له أو تراضیا علیه بعده بإسقاط من الذمة أو هبة للعین هذا کله مع قطع النظر عن النصوص و أما مع ملاحظتها فالمعول علیه روایة حنان المتقدمة الظاهرة فى اعتبار الاعتیاد من حیث ظهورها فى کون حساب المقدار الخاص متعارفا و اعتبار عدم العلم بزیادة المحسوب عن الظروف بما لا یتسامح به فى بیع کل مظروف بحسب حاله

و کان الشیخ رحمه الله فى النهایة فهم ذلک من الروایة فعبر بمضمونها کما هو دأبه فى ذلک الکتاب و حیث إن ظاهر الروایة جواز الاندار واقعا بمعنى عدم وقوعه مراعى بانکشاف الزیادة أو النقیصة علمنا بها کذلک فیکون مرجع النهى عن ارتکاب ما علم بزیادته نظیر ما ورد من النهى عن الشراء بالموازین الزائدة عما یتسامح به فإن تلک تحتاج إلى هبة جدیدة و لا یکفى إقباضها من حیث کونها حقا للمشترى هذا کله مع تعارف إندار ذلک المقدار و عدم العلم بالزیادة و أما مع عدم أحد القیدین فمع الشک فى الزیادة و النقیصة و عدم العادة یجوز الاندار لکن مراعى بعدم انکشاف أحد الأمرین و معها یجوز بناء على انصراف العقد إلیها لکن فیه تأمل لو لم یبلغ حدا یکون کالشرط فى ضمن العقد لأن هذا لیس من أفراد المطلق حتى ینصرف بکون العادة صارفة له ثم الظاهر أن الحکم المذکور- غیر مختص بظروف السمن و الزیت بل یعم کل ظرف کما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدم عن فخر الدین رحمه الله و عبارة النهایة و الوسیلة و الفاضلین و الشهیدین و المحقق الثانى رحمهم الله جمیعا و تؤیده الروایة المتقدمة عن قرب الإسناد لکن لا یبعد أن یراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بیع الشیء فیه و عدم تفریغه منه کقواریر الجلاب و العطریات لا مطلق الظرف اللغوى أعنى الوعاء و یحتمل العموم و هو ضعیف. نعم یقوى تعدیة الحکم إلى کل مصاحب للمبیع یتعارف بیعه معه کالشمع فى الحلى المصنوعة من الذهب و الفضة و کذا المظروف الذى یقصد ظرفه بالشراء إذا کان وجوده فیه تبعا له کقلیل من الدبس فى الزقاق و أما تعدیة الحکم إلى کل ما ضم إلى المبیع مما لا یراد بیعه معه فمما لا ینبغى احتماله.

مسألة یجوز بیع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم یعلم إلا بوزن المجموع

مسألة یجوز بیع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم یعلم إلا بوزن المجموع

المکاسب، ج۲، ص ۲۰۸

على المشهور بل لم یوجد قائل بخلافه من الخاصة إلا ما أرسله فى الروضة و نسبه فى التذکرة إلى بعض العامة استنادا إلى أن وزن ما یباع وزنا غیر معلوم و الظرف لا یباع وزنا بل لو کان موزونا لم ینفع مع جهالة وزن کل واحد و اختلاف قیمتهما فالغرر الحاصل فى بیع الجزاف حاصل هنا و الذى یقتضیه النظر أما فیما نحن فیه مما جوز شرعا بیعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه فالقطع بالجواز منضما إذ لم یحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط و أما فى غیره من أحد المنضمین الذین لا یکفى فى بیعه منفردا معرفة وزن

المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصی كما لو باع سبیكة من ذهب مردد بین مائة مثقال و ألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفی مثقال فإن الإقدام علی هذا البیع إقدام علی ما فیه خطر یستحق لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصی و انحصار المانع فی النص الدال علی لزوم الاعتبار بالكیل و الوزن و الإجماع المنعقد علی بطلان البیع إذا كان المبیع المجهول المقدار فی المكیل و الموزون فالقطع بالجواز لأن النص و الإجماع إنما دلا علی لزوم اعتبار العلم بالمبیع لا علی كل جزء منه و لو كان أحد الموزونین یجوز بیعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بیع الفضة المحشوة بالشمع و عدم جواز بیع الشمع كذلك فإن فرضنا الشمع تابعا لا تضر جهالته و إلا فلا ثم إن بیع المظروف مع الظرف یتصور علی صور إحداها أن یبیعه مع ظرفه بعشرة مثلا فیسقط الثمن علی قیمتی كل من المظروف و الظرف لو احتیج إلی التقسیط فإذا قیل قیمة الظرف درهم و قیمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن. الثانیة أن یبیعه مع ظرفه بكذا علی أن كل رطل من المظروف بكذا فیحتاج إلی إندار مقدار للظرف و تكون قیمة المظروف ما بقی بعد ذلك و هذا فی معنی بیع كل منهما منفردا. الثالثة أن یبیعه مع الظرف كل رطل بكذا علی أن یكون التسعیر للظرف و المظروف و طریقة التقسیط لو احتیج إلیه كما فی المسالك أن یوزن الظرف منفردا و ینسب إلی الجملة و یؤخذ له من الثمن بتلك النسبة و تبعه علی هذا غیر واحد و مقتضاه أنه لو كان الظرف رطلین و المجموع عشرة أخذ له خمس الثمن و الوجه فی ذلك ملاحظة الظرف و المظروف شیئا واحدا حتی أنه یجوز أن یفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع لیساوی ثمنه من المظروف فالمبیع كل رطل من هذا المجموع لا- من المركب من الظرف و المظروف لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم علی الرطل و المظروف بحسب قیمة مثلهما فإذا كانت قیمة خمس الرطل المذكور الذی هو وزن الظرف الموجود فیه مساویة لقیمة أربعة الأخماس التی هی مقدار المظروف الموجود فكیف یقسط الثمن علیه أخماسا.

[تنبیهات البیع

مسألة [المعروف استحباب التفقه فی مسائل التجارات

المعروف بین الأصحاب تبعا لظاهر تعبیر الشیخ بلفظ ینبغی استحباب التفقه فی مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات لیعرف صحیح العقد من فاسده و یسلم من الربا. و عن إیضاح النافع أنه قد یجب و هو ظاهر عبارة الحدائق أیضا و كلام المفید رحمه الله فی المقنعة أیضا لا- یأبی الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالی لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَیْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله تعالی أَنْفِقُوا مِنْ طَیِّباتِ ما كَسَبْتُمْ وَ مِمَّا أَخْرَجْنا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَ لا تَیَمَّمُوا الْخَبِیثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ قال فندب إلی الإنفاق من طیب الاكتساب و نهی عن طلب الخبیث للمعیشة و الإنفاق فمن لم یعرف فرق ما بین الحلال من المكتسب و الحرام لم یكن مجتنبا للخبیث من الأعمال و لا- كان علی ثقة تفقه من طیب الاكتساب و قال تعالی أیضا ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا فینبغی أن یعرف البیع المخالف للربا لیعلم بذلك ما أحل الله و حرم من المتاجر و الاكتساب و جاءت الروایة عن أمیر المؤمنین ع أنه كان یقول: من اتجر بغیر علم فقد ارتطم فی الربا ثم ارتطم ثم قال قال الصادق ع: من أراد التجارة فلیتفقه فی دینه لیعلم بذلك ما یحل له مما یحرم علیه و من لم یتفقه فی دینه ثم اتجر تورط فی الشبهات انتهی. أقول ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب إلا- أن تعبیره بلفظ ینبغی ربما یدعی ظهوره فی الاستحباب. إلا- أن الإنصاف أن ظهوره لیس بحیث یعارض ظهور ما فی كلامه فی الوجوب من باب المقدمة فإن معرفة الحلال و الحرام واجبة علی كل أحد بالنظر إلی ما یبتلی به من الأمور و لیست معرفة جمیعها مما یتعلق بالإنسان وجوبها فورا و دفعة بل عند الالتفات إلی احتمال الحرمة فی فعل یرید أن یفعله أو عند إرادة الإقدام علی أفعال یعلم بوجود الحرام بینها فإنه معاقب علی ما یفعله من الحرام لو ترك التعلم و إن لم یلتفت عند فعله إلی احتمال تحریمه فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلو ما یرید مزاولتها من الأفعال من الحرام كاف فی حسن العقاب و إلا لم یعاقب أكثر الجهال علی أكثر المحرمات لأنهم یفعلونها و

هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب و لذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع. و قد ورد ذم الغافل المقصر فى معصيته فى غير واحد من الأخبار ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعى الذى يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعة تبعا للأردبيلى رحمه الله من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمته عن تقصير لقبح خطاب الغافل فيقبح عقابه لكن وجوب تحصيل العلم و إزالة الجهل واجب على هذا القول كما اعترفوا به. و الحاصل أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام و لا على ترك التعلم إلا إذا كان حين الفعل ملتفتا إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه بعد ثبوت أدلة التحريم و وجوب طلب العلم على كل مسلم و عدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام من أفراد البيع التى يزاولها تدريجا على ارتكاب الحرام فى هذا الأثناء و إن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام ثم إن المقام يزيد على غيره بأن الأصل فى المعاملات الفساد فالمكلف إذا أراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل فى يده من أموال الناس على وجه العوضية يحرم عليه ظاهرا الإقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقالها إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعاملة و يمكن أن يكون فى قوله ع:

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۹

التاجر فاجر و الفاجر فى النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق إشارة إلى هذا المعنى بناء على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق و أخذ الحق فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة فى هذا المقام شرعى لنهى الشارع عن التصرف فى مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على أصالة عدم انتقاله إليه و فى غير هذا المقام عقلى مقدمى لئلا يقع فى الحرام و كيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر بل الأولى وجوبه عليه عقلا و شرعا و إن كان وجوب معرفة باقى المحرمات من باب العقل فقط و يمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسدة كذلك و يطلع على موارد الشبهة و المعاملات غير الواضحة الصحة فيجتنب عنها فى العمل فإن قدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية المذكورة فى المعاملات. و يشهد للغاية الأولى قوله ع فى مقام تعليل وجوب التفقه: إن الربا أخفى من دبيب النملة على الصفا. و للغاية الثانية قول الصادق ع فى الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط فى الشبهات لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ. و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد و لا يخلو عن وجه فى مقام التوجيه ثم إن التفقه فى مسائل التجارة لما كان مطلوبا للتخلص عن المعاملات الفاسدة التى أهمها الربا الجامعة بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد بل يكفى فيه التقليد الصحيح فلا تعارض بين أدلة التفقه هنا و أدلة تحصيل المعاش. نعم ربما أورد فى هذا المقام و إن كان خارجا عنه التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال فى تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغى أن ينفق عليه و ترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفى فى طلب الاكتساب ما ورد من أن أمير المؤمنين ع قال: أوحى الله تعالى إلى داود يا داود إنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئا [قال فبكى [داود] ع أربعين صباحا [فأوحى الله إلى الحديد أن لن لعبدى داود] فألان الله عز و جل له الحديد فكان يعمل [فى كل يوم درعا فيبيعها بألف درهم فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها و استغنى عن بيت المال إلى آخر الحديث و ما أرسله فى الفقيه عن الصادق ع: ليس منا من ترك دنياه لآخرته أو آخرته لدنياه: العبادة سبعون جزء أفضلها طلب الحلال. و أما الأخبار فى طلب العلم و فضله فهى أكثر من أن تذكر و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر و ذكر فى الحدائق أن الجمع بينهما بأحد الوجهين. أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم و يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و إفادته قال و بهذا الوجه صرح الشهيد الثانى قدس سره فى رسالته المسماة بمنية المريد فى آداب المفيد و المستفيد حيث قال فى جملة شرائط العلم و أن يتوكل على الله و يفوض أمره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها فيكون وبالا عليه و لا على أحد من خلق الله تعالى بل يلقى مقاليد أمره إلى الله تعالى يظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما به يحصل به مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد فى الحديث عن النبى ص: قد تكفل لطالب العلم برزقه عما

ضمنه لغيره بمعنى أن غيره محتاج إلى السعى على الرزق حتى يحصل له و طالب العلم لا- يكلف بذلك بل بالطلب و كفاه مئونة الرزق إن أحسن النية و أخلص القربة و عندى فى ذلك من الوقائع ما لو جمعته لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى و جميل ما اشتغلت بالعلم و هو مبادى العشر الثلاثين و تسعمائة إلى يومنا هذا و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة و بالجملة ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكلينى قدس سره بإسناد إلى الحسين ابن علوان قال: كنا فى مجلس نطلب فيه العلم و قد نفدت نفقتى فى بعض الأسفار فقال لى بعض أصحابى من تؤمل لما قد نزل بك فقلت فلانا فقال إذا و الله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ أملك و لا تنجح طلبتك قلت و ما علمك رحمك الله قال إن أبا عبد الله

ع حدثنى أنه قرأ فى بعض الكتب أن الله تبارك و تعالى يقول و عزتى و جلالى و مجدى و ارتفاعى على عرشى لأقطعن أمل كل مؤمل من الناس غيرى باليأس و لأكسونه ثوب المذلة عند الناس و لأنحينه من قربى و لأبعدنه من فضلى أ يؤمل غيرى فى الشدائد و الشدائد بيدى و يرجو غيرى و يقرع بالفكر باب غيرى و بيدى مفاتيح الأبواب و هى مغلقة و بابى مفتوح لمن دعانى فمن ذا الذى أملنى لنوائبه فقطعته دونها و من ذا الذى رجانى لعظيمة فقطعت رجاءه منى جعلت آمال عبادى عندى محفوظة فلم يرضوا بحفظى و ملأت سماواتى ممن لا يمل من تسبيحى و أمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بينى و بين عبادى فلم يثقوا بقولى أ لم يعلم أن من طرقته نائبة من نوائبى أنه لا- يملك كشفها أحد غيرى إلا- من بعد إذنى فما لى أراه لاهيا عنى أعطيته بجودى ما لم يسألنى ثم انتزعته عنه فلم يسألنى رده و سأل غيرى أ فيرانى أبدأ بالعطاء قبل المسألة ثم أسأل فلا أجيب سائلى أ بخيل أنا فيبخلنى عبدى أ و ليس الجود و الكرم لى أ و ليس العفو و الرحمة بيدى أ و ليس أنا محل الآمال فمن يقطعها دونى أ فلا- يخشى المؤملون أن يؤملوا غيرى فلو أن أهل سماواتى و أهل أرضى أملوا جميعا ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكى مثل عضو ذرة و كيف ينقص ملك أنا قيمه فيا بؤسا للقانطين من رحمتى و يا بؤسا لمن عصانى و لم يراقبنى انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد الثانى رحمه الله. قال فى الحدائق و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه فى الكافى بإسناده إلى أبى إسحاق السبيعى عمن حدثه قال سمعت أمير المؤمنين ع يقول: أيها الناس اعلموا إن كمال الدين طلب العلم و العمل به ألا و إن طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال إن المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم و ضمنه لكم و سيفى لكم و العلم مخزون عند أهله و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه إلى آخر الخبر. قال و يؤكد ما رواه فى الكافى بسنده

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۰

عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص: يقول الله عز و جل و عزتى و جلالى و عظمتى و كبريائى و نورى و علوى و ارتفاع مكانى [لا يؤثر عبد هواه على هواى إلا- شتت عليه أمره و لبست عليه دنياه و شغلت قلبه بها و لم أوته منها إلا ما قدرت له و عزتى و جلالى و عظمتى و نورى و علوى و ارتفاع مكانى لا- يؤثر عبد هواى على هواه إلا- استحفظته ملائكتى و كفلت السماوات و الأرض رزقه و كنت له من وراء تجارة كل تاجر و أتته الدنيا و هى راغمة إلى آخر الحديث انتهى كلامه.

و أنت خبير بأن ما ذكره من كلام الشهيد الثانى رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسى لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافى بين أدلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله و عدم ربط القلب لغيره لا ينافى الاشتغال بالاكتساب و لذا كان أمير المؤمنين ص و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته جامعا بين أعلى مراتب التوكل و أشد مشاق الاكتساب و هو الاستقاء لحائط اليهودى. و ليس الشهيد أيضا فى مقام إن طلب العلم أفضل من التكسب و إن كان أفضل بل فى مقام إن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعا عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالبا لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين و الحاصلة من الموقوفات للمدارس و أهل العلم و الموجودة الحاصلة غالبا للعلماء و المشتغلين من معاشرة السلطان و أتباعه و المراودة مع التجار و الأغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما فى أيديهم من وجوه الزكوات و رد المظالم و الأخماس و شبه ذلك كما كان متعارفا فى ذاك الزمان بل فى كل زمان فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سببا للمعيشة من الجهات التى ذكرناها. و بالجملة فلا شهادة فيما ذكره من كلام الشهيد الثانى

رحمه الله من أوله إلى آخره و ما أضاف إليه من الروايات فى الجمع المـذكور أعنى تخصيص أدلـة طلب الحلال بغير طالب العلم ثم إنه لا إشكال فى أن كلا من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعـة أو الخمسة و لا ريب أن المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب و لا ـ الواجب الكفائى الواجب العينى و لا ـ إشكال أيضا فى أن الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره و كذا الحكم فى الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به و قد يكون كسب الكاسب مقدمة لاشتغال غيره بالعلم فيجب أو يستحب مقدمة ۲۸۷ بقى الكلام فى المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما و لا ـ ريب فى تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المترتبة على الأمرين فرب من لا ـ يحصل له باشتغاله بالعلم إلا ـ شىء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة منها تكفل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة و المستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم و رب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيى بها فنون علم الدين فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق فإنه لا إشكال فى أن اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح. و ما ذكر من حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام فإنما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشىء من وظائف النبوة و الرئاسة العلمية. و بالجملة فطلب كل من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحب منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح و إذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل فتثبت من ذلك كله أن تزاحم هذين المستحبين كتزاحم سائر المستحبات المتنافية كالاشتغال بالاكتساب أو طلب العلم غير الواجبين مع المسير إلى الحج المستحب أو إلى مشاهد الأئمة [صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين أو مع السعى فى قضاء حوائج الإخوان الذى لا يجامع طلب العلم أو المال الحلال إلى غير ذلك مما لا يحصى.

مسألة لا خلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا فى حرمته و كراهته.

فعن التقى و القاضى و الحلى و العلامة فى المنتهى الحرمة و هو المحكى عن ظاهر الدروس و حواشى المحقق الثانى و عن الشيخ و ابن زهرة لا ـ يجوز و أول فى المختلف عبارة الشيخ بالكراهة و هى أى الكراهة مذهب الأكثر بل عن إيضاح النافع أن الشيخ ادعى الإجماع على عدم التحريم و عن نهاية الأحكام تلقى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا و ليس حراما إجماعا. و مستند التحريم ظواهر الأخبار. منها عن منهال القصاب قال قال أبو عبد الله ع: لا تلق فإن رسول الله ص نهى عن التلقى قال و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروحة قال أربعة فراسخ قال ابن أبى عمير و ما فوق ذلك فليس بتلق و فى خبر عروة عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص: لا يتلقى أحدكم تجارة خارجا من المصر و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض و فى رواية أخرى: لا تلق و لا تشتر ما تلقى و لا تأكل منه. و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعاملة فيكون أكلا بالباطل و لم يقل به إلا الإسكافى. و عن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه فتكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب فتقصر عن إفادة الحرمة و الفساد. نعم لا ـ بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشترى من المتلقى و لا بأس به حسما لمادة التلقى. و مما ذكرنا يعلم أن النهى فى سائر الأخبار أيضا محمول على الكراهة لموافقته للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور ثم إن حد التلقى أربعة فراسخ كما فى كلام بعض و الظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ و قد تبعوا بذلك مرسلة الفقيه. و روى أن حد التلقى روحه فإذا صار إلى أربعة فراسخ فهو جلب فإن الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلا ـ بإرادة خروج الحد عن المحدود كما أن ما فى الرواية السابقة أن حده ما دون غدوة أو روحه محمول على دخول الحد فى المحدود لكن قال فى المنتهى حد علماؤنا التلقى بأربعة فراسخ فكرهوا التلقى إلى ذلك الحد فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلبا و هو ظاهر لأن بمضيه و رجوعه يكون مسافرا يجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا إلى أن قال و لا يعرف بين علمائنا خلاف فيه انتهى. و التعليل بحصول السفر الحقيقى يدل على مسامحة فى التعبير و لعل الوجه فى التحديد بالأربعة أن الوصول على الأربعة

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۱

بلا زيادة و لا نقيصة نادر فلا يصلح أن يكون ضابطا لرفع الكراهة إذ لا يقال إنه وصل إلى الأربعة إذا تجاوز عنها و لو يسيرا فالظاهر أنه لا إشكال فی أصل الحكم و إن وقع اختلاف فی التعبير فی النصوص و الفتاوی ثم إنه لا إشكال فی اعتبار القصد إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقی فلو تلقی الركب فی طريقه ذاهبا أو جائيا لم يكره المعاملة معهم و كذا فی اعتبار قصد المعاملة من المتلقی فلا يكره لغرض آخر و لو اتفقت المعاملة قيل ظاهر التعليل فی رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد. و فيه أنه مبنی على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير فيحتمل أن تكون العلة فی كراهة التلقی مسامحة الركب فی الميزان بما لا يتسامح به المتلقی أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه أو ادخاره عن أعين الناس و بيعه تدريجا بخلاف ما إذا أتی الركب و طرحوا أمتعتهم فی الخانات و الأسواق فإن له أثرا بينا فی امتلاء أعين الناس خصوصا الفقراء فی وقت الغلاء إذا أتی بالطعام و كيف كان فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقی بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم لا بأس باستيهابهم و لو بإهداء شیء إليهم و لو تلقاهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله ص: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض قوی سراية الحكم إلى بيع شیء منهم و إيجارهم المساكن و الخانات كما أنه إذا جعلنا المناط فی الكراهة كراهة غبن الجاهل كما يدل عليه النبوی العامی: لا تلقوا الجلب فمن تلقی و اشتری منه فإذا أتی السوق فهو بالخيار قوی سراية الحكم إلى كل معاملة توجب غبنهم كالبيع و الشراء منهم متلقيا و شبه ذلك لكن الأظهر هو الأول و كيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر و ثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. و قد يحكی عن الحلی ثبوت الخيار و إن لم يكن غبن و لعله لإطلاق النبوی المتقدم المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة و اختلفوا فی كون هذا الخيار على الفور أو التراخی على قولين سيجیء ذكر الأقوی منهما فی مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة يحرم النجش على المشهور

كما فی الحدائق بل عن المنتهی و جامع المقاصد أنه محرم إجماعا لرواية ابن سنان عن أبی عبد الله ع قال قال رسول الله ص: الواشمة و المتوشمة و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد ص و فی النبوی المحكی عن معانی الأخبار: لا تناجشوا و لا تدابروا قال و معناه أن يزيد الرجل فی ثمن السلعة و هو لا يريد شراءها و لكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته و الناجش الخائن. و [أما] التدابر [فالمصارمة و] الهجران [مأخوذ من أن يولی الرجل صاحبه دبره و يعرض عنه بوجهه انتهی كلام الصدوق. و الظاهر أن المراد بزيادة الناجش مؤاطاة البائع المنجوش له.

مسألة إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه فی قبيل يكون المدفوع إليه منهم

و لم يحصل للمدفوع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع كما الإمام أورد المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور إحداها أن تظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالأخذ منه كما إذا عين له منه مقدارا قبل الدفع أو بعده و لا إشكال فی عدم الجواز لحرمة التصرف فی مال الناس على غير الوجه المأذون فيه الثانية أن تظهر قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد و لا إشكال فی الجواز حينئذ إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة كأن عين للمجتهدين مقدارا و للمشتغلين مقدارا و اعتقد الدافع عنوانا يخالف معتقد المدفوع إليه. و التحقيق هذا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا و إلى كل مجتهد كذا و خذ أنت ما يخصك و إن كان على وجه الداعی بأن كان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعی إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة أن لا تقوم قرينة على أحد الأمرين و يطلق المتكلم و قد اختلف كلماتهم فيها بل كلمات واحد منهم فالمحكی عن

وكالة المبسوط و زكاة السرائر [و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية] و مكاسب النافع و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد تحريم الأخذ مطلقا و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره و نسبه فى الدروس إلى الأكثر و فى الحدائق إلى المشهور و فى المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ و عن نهاية الأحكام و التنقيح و المهذب البارع و المقنعة الاقتصار على نقل القولين و عن المهذب البارع حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الصيغة بلفظ ضعه فيهم أو ما أدى معناه و المنع إن كانت بلفظ ادفعه و عن التنقيح عن بعض الفضلاء أنه إن قال هو للفقراء جاز و إن قال أعطه للفقراء فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراده لخصه و إن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافا إلى ظهور اللفظ فى مغايرة المأمور بالدفع للمدفوع إليهم المؤيد بما قالوه فمن وكلته امرأة أن يزوجها من شخص فزوجها من نفسه أو وكله فى شراء شيء فأعطاه من عنده بمصححة ابن الحجاج المسندة فى التحرير إلى مولانا الصادق ع و إن أضمرت فى غيره قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه فى محاويج أو فى مساكين و هو محتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه و احتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له و الفرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية فى الغير و اللفظ و إن سلم عدم شموله له لغة إلا أن المنساق عرفا صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم أشخاصا خاصة و كان الداعى على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور و الرواية معارضة بروايات أخر مثل ما فى الكافى فى الصحيح عن سعد بن يسار قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يعطى الزكاة فيقسمها فى أصحابه أ يأخذ منها شيئا قال نعم و عن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بابن هاشم [عن أبى إبراهيم ع : فى رجل أعطى مالا يفرقه فيمن يحل له أ له أن يأخذ منه شيئا لنفسه و إن لم يسم له قال يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۲

عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا يجوز له أن يأخذ- إذا أمره أن يضعها فى مواضع مسماة إلا بإذنه و الذى ينبغى أن يقال أما من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن فى الدفع و الصرف فإن المتبع الظهور العرفى و إن كان ظاهرا بحسب الوضع اللغوى فى غيره كما أن الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرد من تلك القرائن ثم إن التعبد فى حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع فى العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر و حمل الصحيحة السابقة المانعة على ما إذا لم يعلم الأمر فقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنة داعية إلى الدفع لا موضوعا و لما لم يعلم المسكنة فى المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار فى الصارف الشرعى عن الظهور العرفى و لو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع إذ لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

مسألة احتكار الطعام

اشارة

و هو كما فى الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحيته. و قد اختلف فى حرمته فعن المبسوط و المقنعة و الحلبى فى كتاب المكاسب و الشرائع و المختلف الكراهة و عن كتب الصدوق و الاستبصار و السرائر و القاضى و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و الروضة التحريم. و عن التنقيح و الميسية تقويته.

و هو الأقوی بشرط عدم باذل الكفایة لصحیحة سالم الحناط قال: قال لی أبو عبد الله ع ما عملك قلت حناط و ربما قدمت علی نفاق و ربما قدمت علی كساد فحبست قال فما یقول من قبلك فیه قلت یقولون محتكر فقال یبیعه أحد غیرك قلت ما أبیع أنا من ألف جزء جزء قال لا بأس إنما كان ذلك رجل من قریش یقال له حكیم بن حزام و كان إذا دخل الطعام المدینة اشتراه كله فمر علیه النبی ص فقال له یا حكیم بن حزام إیاك أن تحتكر فإن الظاهر منها أن علیه عدم البأس وجود الباذل فلولاه حرم. و صحیحة الحلبی عن أبی عبد الله ع: أنه سئل عن الحكرة فقال إنما الحكرة أن تشتری طعاما و لیس فی المصر غیره فتحتكره فإن كان فی المصر طعام أو متاع یباع غیره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل و زاد فی الصحیحة المحكیة عن الكافی و التهذیب قال: و سألته عن الزیت فقال إن كان عند غیرك فلا بأس بإمساكه و عن أمیر المؤمنین ع فی نهج البلاغة: فی كتابه إلی مالك الأشتر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله ص منع منه و لیكن البیع بیعا سمحا بموازین عدل و أسعار لا نجحف بالفریقین من البائع و المبتاع فمن قارف حكرة بعد نهیك إیاه فنكل به و عاقبة فی غیر إسراف و صحیحة الحلبی قال: سألته عن الرجل یحتكر الطعام و یتربص به هل یصلح ذلك قال إن كان الطعام كثیرا یسع الناس فلا بأس به و إن كان الطعام قلیلا لا یسع الناس فإنه یكره أن یحتكر الطعام و یترك الناس لیس لهم طعام فإن الكراهة فی كلامهم ع و إن كانت تستعمل فی المكروه و الحرام إلا أن فی تقییدها بصورة عدم باذل غیره مع ما دل علی كراهة الاحتكار مطلقا قرینة علی إرادة التحریم و حملها علی تأكد الكراهة أیضا مخالف لظاهر یكره كما لا یخفی. و إن شئت قلت إن المراد بالبأس فی الشرطیة الأولی التحریم لأن الكراهة ثابتة فی هذه الصورة أیضا فالشرطیة الثانیة كالمفهوم لها و یؤید التحریم ما عن المجالس بسنده عن أبی مریم الأنصاری عن أبی جعفر ع قال قال رسول الله ص: أیما رجل اشتری طعاما فحبسه أربعین صباحا یرید به غلاء للمسلمین ثم باعه فتصدق بثمنه لم یكن كفارة لما صنع و فی السند بعض بنی فضال و الظاهر أن الروایة مأخوذة من كتبهم التی قال العسكری ع عند سؤاله عنها: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ففیه دلیل علی اعتبار ما فی كتبهم فیستغنی بذلك عن ملاحظة من قبلهم فی السند. و قد ذكرنا أن هذا الحدیث أولی بالدلالة علی عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذی ادعاه الكشی علی تصحیح ما یصح عن جماعة. و یؤیده أیضا ما عن الشیخ الجلیل الشیخ ورام أنه أرسل عن النبی ص عن جبرائیل ع قال: اطلعت فی النار فرأیت وادیا فی جهنم یغلی فقلت یا مالك لمن هذا فقال لثلاثة المحتكرین و المدمنین الخمر و القوادین. و مما یؤید التحریم ما دل علی وجوب البیع علیه فإن إلزامه بذلك ظاهر فی كون الحبس محرما إذ الإلزام علی ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعدة سلطنة الناس مسلطون علی أموالهم-

ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة إنما یتم ببیان أمور

الأول فی مورد الاحتكار

فإن ظاهر التفسیر المتقدم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام. و فی روایة غیاث بن إبراهیم: لیس الحكرة إلا فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزبیب و السمن.

و عن الفقیه زیادة الزیت. و قد تقدم فی بعض الأخبار المتقدمة دخول الزیت أیضا. و فی المحكی عن قرب الإسناد بروایة أبی البختری عن علی ع قال: لیس الحكرة إلا فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزبیب و السمن و عن الخصال فی روایة السكونی عن جعفر بن محمد عن آبائه ع عن النبی ص قال: الحكرة فی ستة أشیاء فی الحنطة و الشعیر و التمر و الزیت و السمن و الزبیب ثم إن ثبوته فی الغلات الأربع بزیادة السمن لا خلاف فیه ظاهرا. و عن كشف الرموز و ظاهر السرائر دعوی الاتفاق علیه و عن مجمع الفائدة نفی الخلاف فیه و أما الزیت فقد تقدم فی غیر واحد من الأخبار. و لذا اختاره الصدوق و العلامة فی التحریر حیث ذكر أن به روایة حسنة و الشهیدان و المحقق الثانی. و عن الإیضاح أن علیه الفتوی و أما الملح فقد ألحقه بها فی المبسوط و الوسیلة و التذكرة و نهایة

الأحکام و الدروس و المسالک و لعله لفحوی التعلیل الوارد فی بعض الأخبار من حاجة الناس إلیه.

الثانی [ما هو حد الاحتکار]

روی السکونی عن أبی عبد الله ع: أن الحکرة فی الخصب أربعون یوما و فی الغلاء و الشدة ثلاثة أیام فما زاد علی الأربعین یوما فی الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد علی ثلاثة أیام فی العسرة فصاحبه ملعون و یؤیدها ظاهر روایة المجالس المتقدمة.

المکاسب، ج۲، ص ۲۱۳

و حکی عن الشیخ و محکی القاضی و الوسیلة العمل بها. و فی الدروس أن الأظهر تحریمه مع حاجة الناس و مظنتها الزیادة علی ثلاثة أیام فی الغلاء و أربعین فی الرخص للروایة انتهی. و أما تحدیده بحاجة الناس فهو حسن کما عن المقنعة و غیرها و یظهر من الأخبار المتقدمة. و أما ما ذکره من حمل روایة السکونی عن بیان مظنة الحاجة فهو جید و منه یظهر عدم دلالتها علی التحدید بالعددین تعبدا.

الثالث [عدم حصر الاحتکار فی شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه

مقتضی ما فی صحیحة الحلبی المتقدمة فی بادئ النظر حصر الاحتکار فی شراء الطعام لکن الأقوی التعمیم بقرینة تفریع قوله ع فإن کان فی المصر طعام و یؤید ذلک ما تقدم من تفسیر الاحتکار فی کلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء أ کان بالاشتراء أم بالزرع أو الحصاد أو الإحراز إلا أن یراد جمعه فی ملکه و یؤید التعمیم تعلیل الحکم فی بعض الأخبار بأن یترک الناس لیس لهم طعام و علیه فلا فرق بین أن یکون ذلک من زرعه أو من میراث أو یکون موهوبا له أو کان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة و بقی الطعام لا یحتاج إلیه المالک فحبسه متربصا للغلاء.

الرابع أقسام حبس الطعام

کثیرة لأن الشخص إما أن یکون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر أو حصل له من دون تحصیل له و الحبس إما أن یراد منه نفس تقلیل الطعام إضرارا بالناس فی أنفسهم أو یرید به الغلاء و هو إضرارهم من حیث المال أو یرید به عدم الخسارة من رأس ماله و إن حصل ذلک لغلاء عارضی لا یتضرر به أهل البلد کما قد یتفق ورود عسکر أو زوار فی البلاد و توقفهم یومین أو ثلاثة أیام فتحدث للطعام عزة لا تضر بأکثر أهل البلد و قد یرید بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضا آخر هذا کله مع حصول الغلاء بحبسه و قد یحبس انتظارا لأیام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقلة الطعام فی آخر السنة أو لورود عسکر أو زوار ینفد الطعام ثم حبسه لانتظار أیام الغلاء قد یکون للبیع بأزید من قیمة الحال و قد یکون لحب إعانة المضطرین و لو بالبیع علیهم و الإرفاق بهم ثم حاجة الناس قد تکون لأکلهم و قد تکون للبذر أو لعلف الدواب أو للاسترباح بالثمن. و علیک باستخراج هذه الأقسام و تمییز المباح و المکروه و المستحب من الحرام.

الخامس الظاهر عدم الخلاف کما قیل فی إجبار المحتکر علی البیع

حتی علی القول بالکراهة بل عن المهذب البارع الإجماع علیه.

و عن التنقیح کما فی الحدائق عدم الخلاف فیه و هو الدلیل المخرج عن قاعدة عدم جواز الإجبار لغیر الواجب و لذا ذکرنا أن ظاهر أدلة الإجبار تدل علی التحریم لأن إلزام غیر اللازم خلاف القاعدة. نعم لا یسعر علیه إجماعا کما عن السرائر و زاد وجود الأخبار المتواترة و عن المبسوط عدم الخلاف فیه لکن عن المقنعة أنه یسعر علیه بما یراه الحاکم و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهید

أنه يسعر عليه إن أجحف بـالثمن لنفى الضرر و عن الميسى و الشهيد الثانى أنه يؤمر بـالنزول من دون تسعير جمعا بين النهى عن التسعير و الجبر بنفى الإضرار.

خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه.

ففى مرسلة ابن فضال عن رجل عن أبى عبد الله ع: ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضى بـدنياه المطمئن إليها و لكن أنزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا- بد للمؤمن منه إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا لا- مال لهم و فى صحيحة الثمالى عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص فى حجة الوداع: ألا- أن الروح الأمين نفث فى روعى أنه لا- تموت نفس حتى تستكمل رزقها فاتقوا الله عز و جل و أجملوا فى الطلب و لا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىء من معصية الله فإن الله تبارك و تعالى قسم الأرزاق بين خلقه حلالا و لم يقسمها حراما فمن اتقى الله عز و جل و صبر آتاه الله برزقه من حله و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال و حوسب عليه يوم القيامة. و عن أبى عبد الله ع قال كان أمير المؤمنين ع كثيرا ما يقول: اعلموا علما يقينا أن الله عز و جل لم يجعل للعبد و إن اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكابدته أن يسبق ما سمى له فى الذكر الحكيم و لم يحل من العبد فى ضعفه و قلة حيلته أن يبلغ ما سمى له فى الذكر الحكيم أيها الناس إنه لن يزداد امرأ نقيرا بحذقه و لم ينتقص امرأ نقيرا لحمقه فالعالم لهذا العامل به أعظم الناس راحة فى منفعته و العالم لهذا التارك له أعظم الناس شغلا فى مضرته و رب منعم عليه مستدرج بالإحسان إليه و رب مغرور فى الناس مصنوع له فأفق أيها الساعى من سعيك و قصر من عجلتك و انتبه من سنة غفلتك و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه ص و عن عبد الله بن سليمان قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: إن الله عز و جل وسع فى أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء و يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيلة و فى مرفوعة سهل بن زياد أنه قال قال أمير المؤمنين ع: كم من متعب نفسه مقتر عليه و مقتصد فى الطلب قد ساعدته المقادير و فى رواية على بن عبد العزيز قال: قال لى أبو عبد الله ع ما فعل عمر بن مسلم قلت جعلت فداك أقبل على العبادة و ترك التجارة فقال ويحه أ ما علم أن تارك الطلب لا يستجاب له إن قوما من أصحاب رسول الله ص لما نزلت وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَ يَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لا يَحْتَسِبُ أغلقوا الأبواب و أقبلوا على العبادة و قالوا قد كفينا فبلغ ذلك النبى ص فأرسل إليهم فقال ما حملكم على ما صنعتم قالوا يا رسول الله تكفل لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العبادة فقال إنه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطلب و قد تقدم فى رواية أنه: ليس منا من ترك آخرته لدنياه و لا من ترك دنياه لآخرته.

و تقدم أيضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاة و السلام. بعد الحمد لله الملك العلام على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التى من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات أوليائه الكرام التى هى مصابيح الظلام للخاص و العام

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۴

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علىّ بْنُ موسَى الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فى تلخيص بحار الأنوار، للعلاّمة فيض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع " القائميّة "الثّقافىّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله" الشمس آباذى – "رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابذة هذه المدينة، الذى قدِ اشتهَرَ بشَغفِهِ بأهل بَيت النبىّ (صلواتُ اللهِ علَيهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام علىّ بن موسَى الرِّضا (عليه السّلام) و

بِساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسّسةً و طريقةً لم يَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يوم.

مركز "القائمية "للتحرّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإماميّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّيجی الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثَقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التَّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النّافعة – مكانَ البَلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – فی المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافيّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، علی أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ– فی آكناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمية "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضيّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع "ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنَة

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع"مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بناية"القائمیّة"

تاريخ التأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِي الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفيق.


مركز
القائمية
اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹